

ARANY TÓTH MARIANN

A munkavállaló személyes adatainak védelme a munkaszerződés létrehozásakor a svájci munkajogban

A személyiségvédelem struktúráját a következőkben az egyéni munkaszerződést¹ civil-jogi törvényben (Obligationenrecht – a továbbiakban: OR) szabályozó rendszer² alapján, a munkaszerződés létrehozásakor közvetlen módon történő adatfelvétel kérdéseire³ figyelemmel mutatjuk be.

A személyiség jogi védelmének egyes területei

1. A személyiség polgári jogi védelme

A személyiség polgári jogi védelmének alapját a ZGB (Schweizerisches Zivilgesetzbuch (a továbbiakban: ZGB) 27. és 28. szakaszai⁴ adják. A ZGB 27. szakasz⁵ a személyiség belső védelmére (a jogosult milyen mértékben mond le személyhez fűződő jogáról illetve korlátozza saját jogát) vonatkozik, míg a ZGB 28⁶ a személyiség külső

¹ Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches vom 30. März 1911 (Fünfter Teil: Obligationenrecht, a továbbiakban: OR) [SR – Schweizerische Rechtssammlung, Systematische Sammlung des Bundesrechts, www.unizh.ch/bibliothek/ (az idézett törvények hivatkozási ideje: 2002. augusztus 16.) 220] OR 319–356, 359–360.

² PRUGBERGER TAMÁS: Az új PTK és a munkajogi szabályozás, különös tekintettel az egyéni és a kollektív munkaszerződésre. *A munkajog és a polgári jog kodifikációs és funkcionális összefüggései*. Miskolc, Novotni Kiadó; 2001. 106. p.

³ Az elemzés egyoldalúan a lehetséges munkavállaló személyiségvédelme szempontjaihoz igazodik, a közszolgálati jog, a munkaerő-közvetítés és -kölcsonzés szabályainak mellőzésével.

⁴ Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907 (a továbbiakban: ZGB), (SR 210) A személyiség (Persönlichkeit) fogalmának magyarázatát mellőzöm. A személyiségvédelem (Persönlichkeitsschutz) általános szabályainak ismertetése kerül sor, a hangsúlyt a ZGB 28 szakaszára helyezve.

⁵ ZGB Art. 27 *Schutz der Persönlichkeit vor übermässiger Bindung*: I Auf die Rechts- und Handlungsfähigkeit kann niemand ganz oder zum Teil verzichten. II Niemand kann sich seiner Freiheit entäussern oder sich in ihrem Gebrauch in einem das Recht oder die Sittlichkeit verletzenden Grade beschränken.

⁶ ZGB Art. 28 *Schutz vor Verletzung der Persönlichkeit*: I Wer in seiner Persönlichkeit widerrechtlich verletzt wird, kann zu seinem Schutz gegen jeden, der an der Verletzung mitwirkt, den Richter anrufen. II Eine Verletzung ist widerrechtlich, wenn sie nicht durch Einwilligung des Verletzten, durch ein überwiegendes privates oder öffentliches Interesse oder durch Gesetz gerechtfertigt ist.

védelmének (harmadik személy támadásával bekövetkező jogsérelem esetén) biztosítéka.⁷

A ZGB 27 és 28 szakaszai a személyiségvédelem alapelvének generálklauzulái,⁸ melyek a személyiség szabad kibontakozását és a harmadik személy beavatkozásától mentes állapot létrehozását biztosítják.⁹ A személyiségvédelem a támadásoktól való védelem biztosításának hatókörén belül marad. E tartózkodó szemléletből az aktív támogatottság a személyiség kibontakoztatására nem vezethető le.

2. A személyiség munkajogi védelme

2.1 A munkavállaló személyiségének védelmi célzatú általános szabálya az OR 328 I alapján

A személyiség védelmének különlegességét a munkajogban az egyéni munkaszerződéssel létesített munkaviszony ismérvei adják. Ezek közé tartozik a személyes munkateljesítmény bér ellenében, a függő viszony, az idegen munkaszervezetbe tagozódás, az általában tartós időbeli meghatározottság. E jellemzők együttesen a felek eltérő gazdasági helyzetére vezethetők vissza.¹⁰ A hatalmi viszonyok különbsége következtetni enged arra, hogy a munkavállaló mint gyengébb szerződő fél védelemre szorultsága igényli az egyenlőtlenség ellensúlyozását a személyiségvédelem eszközével.¹¹

Az OR 328 I rendelkezik a munkavállaló személyiségének védelméről a munkaviszonyban.¹² A munkáltatót terhelő gondoskodási kötelezettség keretében (Fürsorgepflicht¹³) a törvény általános kötelezettségként írja elő a munkavállaló személyisége tiszteletben tartását és védelmét.¹⁴ A munkáltató tartózkodni köteles minden olyan cselekménytől, amely a munkavállaló jogos érdekeit sértheti, annak károsodását idéznél elő. A munkaviszony keretei között megfelelő védelmet biztosítani a munkáltatói jogkör gyakorlója, a munkatársak vagy harmadik személy beavatkozásától.¹⁵ Ez a védelem számos jogintézményben kifejezésre jut közvetetten illetve közvetlenül.

⁷ FRICK MARIE-THERES: *Persönlichkeitsrechte*. Wien, 1992. 209. p.

⁸ A ZGB példalázó jelleggel sem sorolja fel az egyes személyhez fűződő jogokat.

⁹ FREI BERNHARD: *Der Persönlichkeitsschutz des Arbeitnehmers nach OR Art. 328 Abs. 1*. Unter besonderer Berücksichtigung des Personaldatenschutzes, Juris Druck+ Verlag, Zürich, 1982. (a továbbiakban: FREI) 8. p.

¹⁰ REHBINDER MANFRED: *Schweizerisches Arbeitsrecht*. 12. neubearbeitete Auflage, Verlag Stämpfli Cie AG, Bern, 1995. (a továbbiakban: REHBINDER) 34. p.

¹¹ HEITKAMP WILHELM: *Rechtsfragen der Bewerbung*. Zürich, 1986. (a továbbiakban: HEITKAMP) 58. p.

¹² OR Art. 328 I *Schutz der Persönlichkeit des Arbeitnehmers im allgemeinen*: Der Arbeitgeber hat im Arbeitsverhältnis die Persönlichkeit des Arbeitnehmers zu achten und zu schützen, auf dessen Gesundheit gebührend Rücksicht zu nehmen und für die Wahrung der Sittlichkeit zu sorgen.

¹³ A gondoskodási kötelezettség a ZGB 2. szakasz Treu und Glauben alapelvének nyomatékos kifejeződése, a munkavállaló hűségkötelezettségének (Treupflicht) ellenpárja. ZGB Inhalt der Rechtsverhältnisse Art. 2 I. *Handeln nach Treu und Glauben*: I Jedermann hat in der Ausübung seiner Rechte und in der Erfüllung seiner Pflichten nach Treu und Glauben zu handeln. II Der offenbare Missbrauch eines Rechtes findet keinen Rechtsschutz.

¹⁴ Nef Urs, Aktuelle Probleme des Persönlichkeitsschutzes im arbeitsrechtlichen Rechtsverhältnis ZSR 92 (1973) 357; JÜRIG BRÜHWILER: *Kommentar zum Einzelarbeitsvertrag*. Verlag Paul Haupt, 2., überarbeitete Auflage, Bern, 1996. (a továbbiakban: BRÜHWILER) 189. p.

¹⁵ Berner Kommentar, 1985, Das Obligationenrecht 2. Abteilung Die einzelnen Vertragsverhältnisse 2. Teilband Der Arbeitsvertrag Art. 319–362 OR (a továbbiakban: BKOM) 410. p.

Fennáll a munkaszerződés megkötésekor az OR 328 I, OR 328 II¹⁶/342 II szakaszok révén mint a munkavédelem, foglalkoztatási kötelezettség, adatvédelem, a hátrányos megkülönböztetés tilalma. Ezt a védelmet garantálják a szabadidőre vonatkozó szabályok is (OR 329, OR 329a-e).¹⁷

A személyiség védelmének két fő formája, a munkavédelem és a személyiség kibontakoztatásának joga, világosan elkülöníthető az OR 328 tekintetében. Az nem juttatja kifejezésre a munkavállaló személyiségének kibontakoztatását segítő munkáltatói kötelezettséget. A szabályozás elsősorban munkavédelmi szempontokon nyugszik.

2.2 A személyiség védelme a munkaszerződés létrehozásakor

2.2.1 A munkaszerződés létrehozásának folyamata

A munkaszerződés megkötéséig a munkaszerződésszerződés létrehozásának folyamatáról van szó. Jellemzője a kölcsönös információszerzés tárgyalás formájában, a lehetséges munkáltató és munkavállaló között (az utóbbi a pályázó/jelentkező).¹⁸ Ez a jogviszony mindkét fél kezdeményezésére létrejöhet. Az álláshirdetés, kiírt pályázat és az álláskereső ajánlattételre szóló felhívásként jelölhető meg, amely a felek között nem hoz létre jogviszonyt.¹⁹ A szerződés létrehozásakor a feleket fokozott gondossági-és figyelmességi kötelezettség terheli, melynek pozitív jogi megfelelője nincs, de a jóhiszeműség és tisztesség elvének konkretizálásával (ZGB 2) az ennek megfelelő magatartás tartalma pontosítható. Ezek közé sorolható a komoly tárgyalás, a figyelmesség, a megtévesztő magatartás elkerülésének és a fizikai értelemben vett kellő védő intézkedések meghozatalának kötelezettsége, a felvilágosítási kötelezettség, melyek megsértése estére irányadó speciális felelősségi alakzat a culpa in contrahendo (szerződéskötés körüli vétkesség).²⁰ Ezen a jogügyletekre általánosan jellemző elveken túl vitatott annak megítélése, hogy a munkaszerződés létrehozásakor terheli-e a feleket egyfajta előrehelyezett hűségi illetve gondoskodási kötelezettség (OR 321 a, 328).²¹ Az OR 328 I elsősorban a munkaviszony fennállására vonatkozik, de érvényességét illozórikus lenne tagadni a szerződés létrehozásakor, ahol az adatok felvételének különösen nagy szerepe van. Ezt a felfogást erősíti az OR 328 b rendszertani helye a törvényben, mely a 328 I szakaszhoz való általános és speciális viszonyában jogértelmezéssel megszilárdított álláspont szerint kiterjed a szerződés létrehozására is.²² A szerződési szabadság talaján

¹⁶ Er hat zum Schutz von Leben und Gesundheit des Arbeitnehmers die Massnahmen zu treffen, die nach der Erfahrung notwendig, nach dem Stand der Technik anwendbar und den Verhältnissen des Betriebes oder Haushaltes angemessen sind, soweit es mit Rücksicht auf das einzelne Arbeitsverhältnis und die Natur der Arbeitsleistung ihm billigerweise zugemutet werden kann.

¹⁷ REHBINDER: 247. p.

¹⁸ GAUCH PETER/SCHLUEP WALTER: *Schweizerisches Obligationenrecht* Allgemeiner Teil, 2 Bde. 6. Auflage. Zürich, 1996. (a továbbiakban: GAUCH) 175. p.

¹⁹ BKOM: 69. p.

²⁰ GAUCH: 175–177. p.

²¹ BKOM: 94. p.

²² TRUTMANN VERENA: Zum Persönlichkeitsschutz im Arbeitsrecht. *Festschrift für Frank Vischer zum 60. Geburtstag*, Zürich, 1983. (a továbbiakban: TRUTMANN) 472. p.; WEBER-SCHERRER MARGIT: *Rechtliche Aspekte der Information zwischen den Arbeitsvertragsparteien unter besonderer Berücksichtigung des Notwehrrechts der Lüge*. Schultess Polygrafischer Verlag AG, Zürich, 1999. (a továbbiakban: WEBER) 273. p. szerint a szerződéskötésig a munkajogi normák nem jöhetnek figyelembe, kizáró-

állva, a mindkét felet egyenlő mértékben megillető személyiségvédelem az eltérő érdeklődésnek megfelelően más irányú.²³ A felek információ szükségletének tartalma eltérő a kapcsolódó szubjektíve vagy objektíve a jövőbeni szerződéshez lényegesnek tartott pontok tekintetében. A munkaszerződés szükséges tartalmi elemei kialakításának előterében a munkáltató érdeke mint objektív ismérv a pályázó alkalmasságának megítélése. A szubjektíve fontosnak tartott tények megítélése egyedileg lehetséges. A pályázó magánszférájába való beavatkozás mértéke a ZGB 27-hez fűződő egyéni döntés alapján különböző fokú lehet, ugyanúgy mint a külső védelemre szorultság igénye (ZGB 28) a jogellenesség megállapíthatóságának határvonaláig. Az eddig húzódó tárgyalási magatartás megengedettsége a felek jogain és kötelezettségein mérhető le.

2.2.2 A felek jogai és kötelezettségei az információ megszerzésekor a munkaszerződés létrehozásának folyamatában

2.2.2.1 Az információ felvételének módzatai

A tárgyaló felek döntéshozatalához az érintett minél szélesebb körű ismerete – kiterjedt információbázis – szükséges. Ennek forrása és a megszerzés módja különböző lehet.²⁴ Az adatfelvétel történhet *írásban* vagy *szóban* a pályázótól *közvetlenül* (felvételi beszélgetés, kérdőív, pályázati mellékletek (írásbeli pályázat, életrajz, bizonyítvány)) vagy *közvetve* harmadik személy útján.²⁵ Mint harmadik személy a pályázó oldalán figyelemre méltó a korábbi munkáltató (referencia révén), egészségügyi személyzet (orvosi vizsgálat), pszichológus (grafológusi ajánlás, pszichológiai teszt értékelése), hatóságok (bűnügyi nyilvántartás, erkölcsi bizonyítvány, a pályázó pénzügyi helyzete), más személyek (hozzátartozók stb.). A munkáltató részéről mint harmadik személy számításba jöhet a korábbi vagy jelenlegi alkalmazott, hatóságok és más személyek. E módzatok közül a munkáltató közvetlen információ/adatfelvétele kerül részletes tárgyalásra személyes kérdezés vagy annak írott formája útján.

2.2.2.1 Az információhoz való jog

Az információhoz való jog/az informálódás joga (Recht auf Information), amely megnyilvánulhat mint a kérdezés joga, a kérdező személyiségi joga. Az OR 328 b hatályba lépése előtt kidolgozott ezen elméleti kategóriával kapcsolatban a szerzők egyet-

lag a ZGB 28-ra lehet hivatkozni. Hasonlóan PHILIPP GREMPER: *Arbeitsrechtliche Aspekte der Ausübung verfassungsmässiger Rechte*. Bern, 1993. (a továbbiakban: GREMPER) 74–75., 221. p.

²³ WEBER, 90. p. A szerződési szabadság a privátautonomia megnyilvánulása a kötelmi jogban. A formaválasztás (OR 11 I) és a tartalomválasztás (OR 19 I) szabadságát rögzíti a törvény. A szerződés tartalma átfogja mindazt amiben kifejezetten vagy hallgatólagosan, szóban vagy írásban megállapodtak és minden szubjektív indítékot és céltételezést, amit a másik fél ismer vagy kinyilvánított és amely nélkül a szerződést nem kötötték volna meg. A jövőbeni szerződés tartalmához mérten lehet a pályázótól adatot felvenni, mely annak arra vonatkozó rendelkezési jogának és a szerződési szabadság feszültségét eredményezi. A forma-, tartalom és partnerválasztás szabadságának korlátaira (melyek maguk is védelmi gondolatot képviselnek) vonatkozó magyarázat mellőzésre kerül.

²⁴ A DSG fogalmaihoz ragaszkodva az információ megszerzése a lehetséges munkáltató oldalán mint adatfelvétel kerül megjelölésre.

²⁵ WEBER: 48. p. BKOM: 70–72. p.

értenek abban, hogy az nem gyakorolható korlátlanul (a ZGB 27, 28 alapján).²⁶ A korlátozás mértékére vonatkozóan az álláspontok eltérnek.

Az egyik irányvonal szerint a kérdező oldalán felmutatható *jogos érdek* birtokában lehet a pályázónak kérdést feltenni, amely közvetlen összefüggésben van a munkahellyel. A kérdezővel összefüggő jogos érdek korlátozásának egyik jogalapja lehet a pályázó személyiségének védelme. A kérdés feltevése, ha az nem függ össze a munkaviszony céljával, a magánszférába való beavatkozással önmagában a személyiségsértés eszköze lehet.²⁷

A másik ezzel ellentétes álláspont a pályázó gazdasági kényszerhelyzetéből adódóan magasabb rangra emeli a munkáltatói kérdezési jogát, s a munkaviszonnyal össze nem függő kérdések megengedhetőségét favorizálja.²⁸

A kérdésre felhatalmazó jogos érdek megítélése mérlegelés útján egyedi esetben lehetséges. A megengedett/megengedhetetlen vagy jogos/jogellenes kérdés elválasztása a hatályos jog alapján egy listászerű felsoroláshoz igazodva nem lehetséges. Az egyes esetek eldöntéséhez az elméletben kimunkált séma segíthet.²⁹

2.2.2.3 Az informálás kötelezettsége³⁰

A szerződés létrehozásakor irányadó általános felvilágosítási kötelezettségnek kifejezett jogszabályi alapja nincs.³¹ A *feltárás/kinyilatkoztatás kötelezettsége* (Offenbarungspflicht) mint gyűjtőfogalom a kérdéses jogának ellentételezéseként kiterjed a felvilágosítási kötelezettségre (Auskunftspflicht), amely a pályázó kötelezettségét jelenti a megengedett munkáltatói kérdés valósághű megválaszolására, továbbá a közlési kötelezettségre (Mitteilungspflicht), amely a pályázó önként (erre irányuló kérdés nélkül) előadott adataira vonatkozik.³²

A *felvilágosítási kötelezettség* terjedelme a kérdezési joghoz viszonyul, amely a szerződés létrehozásának különös bizalmi viszonyában az általános elvek (ZGB 2) és a felek személyében, a szerződés sajátosságaiban is megnyilvánuló konkrét körülmények szerint formálódik. A pályázó önkéntes közlési joga a jóhiszeműség és tisztesség elve és az igazmondási kötelezettség keretein belül gyakorolható.

A *közlési kötelezettség* elismerése az egyéni érdekérvényesítés, egyéni felelősség polgári jogi elve alapján kivételes. Jogforrása különböző jogintézményben (pl. OR 321 a) nyomon követhető. Az önkéntes közlés a szerződés létrehozásakor azon körülményekre terjed ki, amelyek a szerződés teljesítését jelentősen megnehezítik vagy lehetetlenné teszik. Irányul az alkalmasság/abszolút alkalmatlanság megítélése esetére mint a

²⁶ HUBER ROLF: *Rechtsprobleme der Personalakte*. Zürich, 1985. (a továbbiakban: HUBER) 65. p.

²⁷ PELLEGRINI BRUNO: *Die Anfechtung des Arbeitsvertrages wegen Willensmängeln*. Bern, 1983. (a továbbiakban: PELLEGRINI) 106–107. p.

²⁸ FREI: 115. p.

²⁹ Lásd 4.1–4.11 pontok.

³⁰ Az informálás kötelezettségének (Pflicht zu informieren) főfogalma alá rendelt osztályozás nem egységes. Az egyes kötelezettségek megnevezése egymásnak ellentmondó, a tartalmi megfeleltethetőség ellenére. Az itteni tipizálás a lehetséges megoldások közül egy.

³¹ Jelentését a polgári jogi szerződés tan konkretizálja, mely ismertetésének mellőzésével a kérdéses jogával szembeállítva kerül bemutatásra az informálás kötelezettségeinek lényege.

³² BKOM: 76. p.

kérdező jogos érdekét igazoló ismerv.³³ Ezen objektivizált körülmény jogos érdekhez kötésével nem lehet figyelmen kívül hagyni a szerződési szabadság alapján a kérdező által lényegesnek tartott szubjektív elemek megkérdésének jogát és az ennek tükréként a jogos érdekhez mért terjedelemben megjelenő válaszadási kötelezettséget (Antwortspflicht). A válaszadás ezt meghaladó mértékű kötelezettsége az eddig ismertett köteleességek hatókörén kívülre vezet.³⁴ A pályázó köteles a létesítendő munkaviszonnyal közvetlen, objektív összefüggésben lévő körülményekre irányuló kérdést a valóságnak megfelelően megválaszolni. Ez az igazmondási kötelezettség kiterjed azokra az információkra is, amelyeknél hiányzik a közvetlen összefüggés, de azokat a pályázó közvetve vagy közvetlenül kifejezésre jutatta.³⁵

3. A személyiség védelme mint adatvédelem

Az adatvédelem feladata a személyiség védelmének biztosítása, mely célozza a jogalany személyes adatainak kezelésével járó veszélyek megelőzését.³⁶ A személyes adatok védelmével a személyiség közvetlenebbül megragadható, mint ezt a magánszférával vagy más személyiségi jogtárggyal elérni lehet. A személyes adatok a személy individualizáltságát hordozzák és az adat megszerzőjénél a személy anonimitását bontják le.³⁷ Az ehhez szükséges preventív intézkedések intézményesülését biztosítják az adatvédelmi törvények. Svájcban e funkciót elsődlegesen a DSG (Bundesgesetz über den Datenschutz (a továbbiakban: DSG) tölti be, előrehelyezett személyiségvédelmet garantálva.³⁸

3.1 A DSG célja

A törvényhozó a DSG céljaként azon személy személyiségének és a személyes szabadság íratlan alapjogának védelmét jelölte meg, akiről adatot kezelnek.³⁹ Az adatvédelem feladata a szociális személyiség, a társadalom tagjának az emberek közötti kapcsolatokban megnyilvánuló magánszférájának védelme. A DSG a magánélethez való jog részét képező titok- és magánszféra védelmét célozza. Az ebben kifejezésre jutó szféra elméletet (Sphärentheorie) fenntartással lehet alkalmazni.⁴⁰ Az e modellen nyugvó adat-

³³ HEITKAMP WILHELM: *Rechtsfragen der Bewerbung*. Zürich, 1986. (a továbbiakban: HEITKAMP) 69. p.; PELLEGRINI: 117. p.; VISCHER FRANK: *Der Arbeitsvertrag*. 2. überarbeitete Neuauflage, Basel und Frankfurt a. M., 1994. (a továbbiakban: VISCHER) 42. p.; BKOM: 94. p.

³⁴ WEBER: 193. p.; A válaszadási kötelezettség annak viszonylagossága miatt kizárásra kerül az információ kötelezettsége rendszeréből.

³⁵ VISCHER: 41. p.

³⁶ TRUTMANN: 470. p.

³⁷ PETER JAMES THOMAS: *Das Datenschutzgesetz im Privatbereich*. Zürich, 1994. (a továbbiakban: PETER) 56. p.

³⁸ Bundesgesetz über den Datenschutz vom 19. Juni 1992 (a továbbiakban: DSG) SR 235.1 (2002.05.31.)

³⁹ Kommentar zum Schweizerischen Datenschutzgesetz. Urs Maurer, Nedim Peter Vogt (szerk.), 1995, Basel und Frankfurt am Main, Helbing und Lichtenhahn, (a továbbiakban: DSGKOM) 24. p. DSG Art.1 Dieses Gesetz bezweckt den Schutz der Persönlichkeit und der Grundrechte von Personen, über die Daten bearbeitet werden. Jogpolitikai programnorma, általános megfogalmazással a jogértelmezést kevésbé segítve.

⁴⁰ PEDRAZZINI M. MARIO, OBERHOLZER NIKLAUS: *Grundriss des Personenrechts*. 4., überarbeitete und ergänzte Auflage, Stämpfli + Cie AG, Bern, 1993. (a továbbiakban: PEDRAZZINI) 138; Közösségi-, titok- és magánszféra megkülönböztetése a hozzájuk rendelhető adatok mások számára hozzáférhetőségének fokozata alapján.

védelem a Szövetségi Bíróság gyakorlata szerint nem a legalkalmasabb kiindulópont az adatvédelmi problémák megoldására. Új módszer szükséges a három szféra szerinti határvonal eltérő szempontok szerinti átalakításához. Ennek eszközeként jelenik meg az információs önrendelkezési jog kategóriája, mely a jogalanyt érintő információk feletti uralom szabadságát jelenti.⁴¹ A személynek meghatározott helyzetben, lehetőséget kell adni megítélésének megfelelő cselekvésre. Döntése korlátozhatja adatainak harmadik személy általi kezelését és alkalmas a magánélet tiszteletben tartásához fűződő jog elismertetéséhez. Az információs önrendelkezéshez való joga értelmében az egyén eldöntheti, milyen értéket tulajdonít az őt érintő adatoknak. Az adatok önmagukban értéktelenek, általuk a személyiségvédelem bármely jogtárgya sérthető. E jog a német ítélkezési gyakorlatban, majd törvényhozásban vert gyökeret, ellenben a svájci joggyakorlat kifejezetten nem ismeri el. A BV⁴² (Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft (a továbbiakban: BV) rögzíti minden személy igényét személyes adataival kapcsolatos visszaélések védelmére. Ezen elvre és az EMRK⁴³ 8. szakaszára hivatkozással a Szövetségi Bíróság elismerte az információs önrendelkezéshez való jogot.

A svájci adatvédelem személyiséget védő funkciójával az adatvédelem modelljei közül a szféra elmélet talaján áll.⁴⁴ Az adatvédelem jogi szabályozása a szerep elméletből (Rollentheorie) kifejlődött információs önrendelkezés modelljét képviseli. Ez az individuum középpontba helyezésével nehezen illeszthető a személyiség represszív védelmi rendszerébe. A nem mellérendelt viszonyban álló felek között nehezen értelmezhető.

3.2 A DSG irányadó rendelkezései a munkaszerződés létrehozásával kapcsolatos adatkezelés tekintetében

3.2.1 Az alapfogalmak és a DSG hatálya

Az alapfogalmak felsorolásában a törvény megelégszik a *személyes adat* mint „információ, melyek egy meghatározott vagy meghatározható személyre vonatkoznak” definiálásával.⁴⁵ A személyre vonatkozó adatok egy személy immateriális leképeződései, melyek észlelésével elképzelést alkothatunk az egyénről. Az adat fogalma alatt tényállítást vagy értékítéletet is érteni kell. A megjelenési formájától és az adathordozó fajtájától (film, papír, elektronikus hordozó) függetlenül jelek, szó, kép, hang vagy ezek kombinációjából összetevődhet. A dolgokra vonatkozó információ (pl.: gépjármű, ingatlan) is személyes adatnak minősül, ha egy személyhez hozzárendelhetők.⁴⁶ Meghatározott a személy, ha az információk alapján egyediesíthető (pl.: cím, személyi dosszié alapján).

⁴¹ DSGKOM: 26. p.

⁴² Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 29. Mai 1874 (a továbbiakban: BV) (SR 101) Art.13 Schutz der Privatsphäre II Jede Person hat Anspruch auf Schutz vor Missbrauch ihrer persönlichen Daten.

⁴³ Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 4. November 1950 (a továbbiakban: EMRK) (SR 0.101), MÜLLER JÖRG PAUL: *Grundrechte in der Schweiz*. 3. Auflage, Bern, 1999.

⁴⁴ EGGER EDELTRAUD: *Datenschutz versus Informationsfreiheit*. 1990, R Oldenbourg Wien München (a továbbiakban: EDELTRAUD) 55. p.

⁴⁵ 1.2 DSG Art 3a Personendaten: alle Angaben, die sich auf eine bestimmte oder bestimmbare Person beziehen. Az információ és az adat megnevezés között a törvény céljára tekintettel a joggyakorlat nem tesz különbséget, noha az adat az információ hordozója viszonylatában minősül nem információnak, amely utóbbi intellektuális visszaadást (ismeretet) jelent.

⁴⁶ DSGKOM: 74. p.

Az érintett azonosításása különböző 'kulcsok' alkalmazásával kivitelezhető (pl.: AHV-szám)⁴⁷. Meghatározható, ha a személy azonosítására információk kombinálásával kerülhet sor nem aránytalanul nagy ráfordítás árán.

Különleges adatnak minősülnek a DSG 3 § c pontjában kizárólagosan felsorolt adatok.⁴⁸ Ezek kategóriáihoz kiegészítésként megjegyezhető:⁴⁹ az első csoportba értendő a megfelelő egyesületben való tagság is, a második csoportban az egészséghez tartozik az orvosi látlet (a tényleges védelemre érdemességek között jelentős eltérések lehetnek (pl.: HIV fertőzöttségről tanúskodó vagy szemüvegre vonatkozó lelet), az intimszférához a szexuális élet, a jövedelmi viszonyok azonban nem. Az intimszféra jelentésének pontos tartalma nincs meghatározva. A szféra-elmélet szerinti titokszférán túl lefedi-e az egyéb területeket, nincs tisztázva. Adott helyzetben feltételezés alapján lehet az adatokat illetően minősíteni (pl.: a foglalkozás gyakorlásával összefüggő titkok nem tartoznak az intimszférához). A szociális segítség intézkedései átfogják a társadalombiztosítás szolgáltatásait illetve a gondoskodó szabadságelvonást (pl.: gyámság). A negyedik kategória felöleli a büntetés-végrehajtásra vonatkozó adatokat illetve magán-szövetségek, egyesületek szankcionáló döntését, a fegyelmi eljárásokat vagy közigazgatási eljárás keretében tett intézkedéseket (pl.: gépjármű vezetői engedély visszavonását).

Ismeri a törvény az ún. *személyiségprofil* fogalmát,⁵⁰ amely több adat összeállítását jelenti, amelyek az érintettől (természetes személyről) egy összképet vagy lényeges részképet adnak, lehetőséget teremtve a személy megítélésére (pl.: teljesítmény és magatartás a munkahelyen, alkalmassági teszt, életrajz, grafológusi, asztrológusi ajánlás alapján). A bírói gyakorlat feladata e fogalom kontúrját meghúzni, hogy mely kidolgozott kritériumok alapján lehet eldönteni, hogy személyiségprofilról van-e szó. A definíció bevezetését a szerepelmélet segítségével lehet indokolni, melynek értelmében el kell kerülni azt a veszélyt, hogy a társadalmi környezet a szerephez tartozó pozíció ismeretében egy elvárt magatartásmintát alkosson, ami az érintett személyiségének kibontakoztatását korlátozná.⁵¹ A viselkedési elvárások egy ismert személyiségprofil előterében következtetések levonását engedik, amely a társadalmi elvárásoktól megerősítve az egzisztencia alapjait érinthetik.

A törvény az *adatkezelés* alatt a következőket érti:⁵² a személyes adatokkal való minden művelet, az alkalmazott eszköztől és eljárástól függetlenül, különösen az adatok felvétele, tárolása, feldolgozása, átalakítása, ismertetése, archiválása vagy törlése. Alapvetően mindenfajta bánásmód összes fázisa az adatkezelés fogalma alá vonható (a

⁴⁷ Bundesgesetz über die Alters. Hinterlassenen- und Invalidenversicherung vom 20. Dezember 1946 (a továbbiakban: AHVG) (SR 831.10).

⁴⁸ DSG Art 3 c. besonders schützenswerte Personendaten: Daten über: 1. die religiösen, weltanschaulichen, politischen, oder gewerkschaftlichen Ansichten oder Tätigkeiten; 2. die Gesundheit, die Intimsphäre oder die Rassenzugehörigkeit; 3. Massnahmen der sozialen Hilfe; 4. administrative oder strafrechtliche Verfolgungen und Sanktionen.

⁴⁹ DSGKOM: 78. p.

⁵⁰ DSG Art.3 d. Persönlichkeitsprofil: eine Zusammenstellung von Daten, die eine Beurteilung wesentlicher Aspekte der Persönlichkeit einer natürlichen Person erlaubt.

⁵¹ 6.87.

⁵² DSG Art.3 e. Bearbeiten: jeder Umgang mit Personendaten, unabhängig von den angewandten Mitteln und Verfahren, insbesondere das Beschaffen, Aufbewahren, Verwenden, Umarbeiten, Bekanntgeben, Archivieren oder Vernichten von Daten.

felsorolás csak példálózó jellegű). Az adatkezelés történhet gépi/automatikus vagy kézi úton egyaránt.⁵³

Az adatkezelés adatok *felvételét* igényli, melyhez szükséges az erre irányuló konkrét akarat, amely megnyilvánulhat pl.: kérdezésben, megfigyelésben, fotó, film, hangfelvétel készítésében.⁵⁴ Nehéz adatvédelmi szempontból minősíteni a nem tárgyasult formában történő ismeretszerzés jogi sorsát (pl.: az emlékezetben megőrzött adatok felvételével szemben támasztott igények nem értelmezhetőek). Nem jelent adatfelvételt a már korábban észlelt adatok emlékezetből történő lejegyzése, továbbá az akaratlan észleléssel megragadott adatok sem.

A *tárolás* az adatok készenlében tartása a bármikor történő, meghatározott célú hozzáférés lehetőségének biztosításával, melynek nem feltétele a tudatosság, azaz a körülményekhez mérten véletlenül is lehet adatbirtokosi pozíciót betölteni.

A *feldolgozás* a meglévő adatok akaratlagos hasznosítása, harmadik személy erről való ismeretszerzése nélkül.

Az *átalakítás* olyan akaratlagos művelet, amely az adat tartalmi vagy formai, a szövegösszefüggésben elfoglalt helyzetének, hozzáférési lehetőségének megváltoztatását jelenti.

Az eddig ismertetett fogalmakkal ellentétben a törvény definiálja az *ismertté tétel* fogalmát,⁵⁵ amely az adatkezelés 'legjelentősebb' formája. Ez nemcsak adathordozó révén, hanem pl.: aktába tekintéssel, szóbeli ismertté tétellel is megvalósul. Az ismertté tétel célzatos cselekmény (pl.: hanyag megőrzés nem releváns, ekkor adatbiztonsági hiányosságról lehet szó). A befogadó akaratától függ a tudomásulvétel, mely ténylegesen nem szükséges, de egy vagy több, akár feltételezett befogadó elengedhetetlen.⁵⁶

Az *archiválás* a tárolás különös formája, amikor az adatok az adatkezelés folyamatából kikerülnek és csak biztonsági vagy dokumentációs célokat szolgálnak.⁵⁷

A *törlés* helyreállíthatatlan felismerhetetlenné tételt jelent.

Az alapfogalmak névsorában szerepel az *adatgyűjtemény*,⁵⁸ mely több személyhez tartozó információkat foglal magában olyan egységes rendszerű felépítésben, hogy azok révén egy meghatározott személy ésszerű ráfordítással fellelhető.⁵⁹ Ehhez kapcsolódik az *adatgyűjtemény birtokosa* definíciója,⁶⁰ amely lehet természetes vagy jogi személy egyaránt. A fogalom fő ismertető jege a döntési jogosultság, a tényleges hatalom a cél kitűzése és az adatok kezelésének eszköze és módozata felett. Az *adat birtokosa* fogalmát is (a törvényben nem található) ezen karakterek teszik ki a gyűjteménnyel fennálló kapcsolat mint feltétel kivételével.

⁵³ PETER: 89. p. Az adatkezelést saját és idegen szándékú érdekek alapján is fel lehet osztani. Az utóbbiról akkor beszélhetünk, ha az adatbirtokos az adatkezelést az érintett érdekében végzi. Míg saját szándékú az adatkezelés, ha az adatbirtokos kizárólag saját célból kezeli az adatokat. A DSG szempontjából e felosztásnak a harmadik személyen keresztül történő adatkezelésnél van jelentősége.

⁵⁴ PETER: 90. p.

⁵⁵ Bekanntgeben: das Zugänglichmachen von Personendaten wie das Einsichtgewähren, Weitergeben oder Veröffentlichen.

⁵⁶ PETER: 92. p.

⁵⁷ DSGKOM: 81. p.

⁵⁸ Art.3 g Datensammlung: jeder Bestand von Personendaten, der so aufgebaut ist, dass die Daten nach betroffenen Personen erschliessbar sind;

⁵⁹ DSGKOM: 82. p.

⁶⁰ Art.3 j Inhaber der Datensammlung: private Personen..., die über den Zweck und den Inhalt einer Datensammlung entscheiden;

Az adatvédelmi jogi segítő személy⁶¹ (Hilfperson) fogalmát a DSG nem ismeri. Feladata az adatkezelés, amit szervezetten belül vagy kívül mint megbízott személy láthat el. Az adat birtokosának gondoskodnia kell arról, hogy a segítő csak annyiban kezelhesse az adatokat, mint amilyen mértékben ő maga. Egy szervezetten belüli segítő esetében ez az OR alapján garantálható (pl.: a munkavállaló az utasítási jog és a hűség kötelezettség alapján, míg megbízás esetében a szerződés irányadó).⁶²

A harmadik személy (Dritte) fogalmát a DSG három különböző formában tünteti fel:⁶³ 1. jelent minden személyt az érintett és az adatbirtokos kivételével (a DSG 9 I b, 14 I, 15 I, 15 III szakaszaiban); 2. értendő alatta az érintett, az adatbirtokos és annak segítője személyén kívül bárki (DSG 9 III, 11 III, 12 II c, 13 II b, 13 II c); 3. a DSG 14 szakasz tekintetében speciális határeset forog fenn, amikor a megbízó gondoskodik arról, hogy csak olyan mértékű adatkezelést végezhet a harmadik személy, mint ő maga végezhetne (a 8 IV is).

A DSG alanyi hatálya a munkáltatóra mint lehetséges sértő félre – a munkáltató és a természetes személy munkavállalók kapcsolatára figyelemmel – a magánszemélyek általi adatkezelés kategóriája irányadó.⁶⁴ A munkáltató magánjogi jogviszony keretében végez adatkezelést.⁶⁵

Az érintett személy⁶⁶ az, akiről adatot kezelnek – az egyes munkavállaló/pályázó-akinek személyisége érintettségének mértéke minősíti az adatkezelés műveleteit. A személyes adat a személyiség része, így ahol sérelmes adatkezelés történik, ott bekövetkezik a személyiség sérelme is.⁶⁷

3.2.2 A személyiség védelme a DSG-ben

A személyiség védelmére irányuló törekvés a ZGB 28 szellemét és struktúráját követi. Az adatvédelmi törvény e szabály konkretizálására irányul, a személyiség védelmének hatékonyabb biztosítása érdekében.⁶⁸ A törvény a ZGB 28 szakaszát csak kiegészíti. Annak szabályozási technikája került át a DSG-be (összevetve 28-28I ZGB és 15 I DSG). A személyiség megsértése bekövetkezésének megítéléséhez az általános szabályok irányadóak. A személyiség a ZGB 28 szerint csak a jogellenes beavatkozásokkal szemben részesül védelemben.⁶⁹ Az ütköző érdekek leérése ezen a területen különösen nem egyszerű, így a bírói jogalkalmazásnak (ZGB 1) és ezzel az ítélkezési gyakorlatnak van nagy jelentősége. E jog abszolút szerkezetéből adódóan minden sértést jogellenesnek kell tekinteni, kivéve amikor ezt korlátozandó a jogalkotó igazoló okokat (Rechtfertigungsgründe) ismer el.⁷⁰

⁶¹ Az OR 55. és 101. szakaszai általános szabályként érvényesülnek. Az adatkezelő és adatfeldolgozó közötti különbségtétel nincs nevesítve a törvényben.

⁶² PETER: 99. p.

⁶³ PETER: 100. p.

⁶⁴ DSGKOM: 51. p.

⁶⁵ DSG Art. 2 I Dieses Gesetz gilt für das Bearbeiten von Daten natürlichen... Personen durch: a. private Personen.

⁶⁶ Art. 3 b Betroffene Personen: natürliche... Personen, über die Daten bearbeitet werden.

⁶⁷ A DSG tárgyi hatályának ismertetését mellőzöm.

⁶⁸ DSGKOM: 31. p.

⁶⁹ ALTHERR, BREM: *Büllmann-Obligationenrecht*. 2. Auflage, Zürich, 1994. (a továbbiakban: OR 1994) 48. p.

⁷⁰ PEDRAZZINI: 129. p.

a) A továbbiakban a DSG erre vonatkozó szabályait ismertetjük – először az *adatkezelés alapelveinek* tárgyalásával. Ezek figyelmen kívül hagyása esetére a DSG vélelmezi a személyiség megsértését (DSG 12 II a).⁷¹

A *jogszerű adatfelvétel/törvényesség* elve⁷² az alapelvek sorában megfogalmazását tekintve nem következetes, de logikai értelmezés szerint vonatkozik az adatkezelés egészére, nemcsak az adatfelvétel pillanatára. A jogszerűség követelménye lemerhető a büntetőjogi fenyegetettségen kívül egyéb jogszabályokkal való ütközésben is.⁷³

A *jóhiszeműség és tisztesség* (Treu und Glauben) alapelve, mely önmagában is értelmezésre szoruló és a jogértelmezést általában, de nem önálló jogforrásként segítő princípium a DSG alapján az adatkezelő felé az adatkezelésben magatartás zsinórmértékként szolgál, melynek sértése a személyiségsértést megalapozza.⁷⁴ Levezethető belőle az adatkezelés átláthatóságának követelménye. Ennek értelmében az adat felvétele és minden további művelet az érintett számára felismerhető kell, hogy legyen.⁷⁵

Másik fontos alapelvet jelent a *célhoz kötöttség*.⁷⁶ Ez az információs önrendelkezés jogának összetevőjeként, az érintettnek lehetővé teszi, hogy megismerje ki, milyen adatot és milyen célból kezel róla, továbbá ehhez beleegyezését adhassa illetve akadályát képezze a megengedhetetlen célváltoztatásnak.⁷⁷ A beleegyezés előfeltétele a megfelelő felvilágosítás az adatok felvételénél. A körülményekből nyilvánvaló cél esetében ez nem szempont. A hallgatólagos beleegyezés is vélelmezhető. Mindkét esetben azonban a jogszerű adatkezelés tényállási alapfeltétele a beleegyezés/egyetértés, mellyel szemben nincs formai követelmény támasztva. A törvény szerint az egyetértés mint hallgatólagos akaratnyilvánítás, a kifejezett tiltakozás hiánya elsődleges.⁷⁸ Az adatkezelő ahhoz a célhoz mérten végezhet adatkezelést, ami az érintett számára a körülményekből nyilvánvaló. A célhoz kötöttségből következik, hogy az adatokat a cél elérését követően törölni vagy anonimizálni kell.

Az *arányosság* elve⁷⁹ a közjog eszköztárából (közigazgatási jogból) származtatott, s a DSG-ben alapelvevé emelt követelmény. Egy aktus arányossága akkor valósul meg, ha alkalmas és szükséges a cél eléréséhez (Zwecktauglichkeit) és a beavatkozás célja és hatása között arányosság áll fenn (geringstmöglicher Eingriff).⁸⁰ A magánjogban is ezen idegen kategorizálás ismervei szerint kell vizsgálni az arányosság fennállását. Ez a magánautonómia és az egyéni felelősség talaján a köz- és magánérdek szembeállításával a védelemre érdemesség körén belül, nehezen megítélhető álláspont. Az arányosság elve adatvédelmi jogba ültetése az adatkezelés irányában feltételként támasztja, hogy csak

⁷¹ DSG Art. 12 *Persönlichkeitsverletzungen* I Wer Personendaten bearbeitet, darf dabei die Persönlichkeit der betroffenen Personen nicht widerrechtlich verletzen. II Er darf insbesondere nicht ohne Rechtfertigungsgrund: a. Personendaten entgegen den Grundsätzen von Artikel 4, 5 Absatz 1, 6 Absatz 1 und 7 Absatz 1 bearbeiten.

⁷² DSG Art. 4 I Grundsätze Personendaten dürfen nur rechtmässig beschafft werden.

⁷³ Különösen irányadó a Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937 (a továbbiakban: StGB)(SR311) Art. 179 (strafbare Handlungen gegen Geheim- und Privatbereich).

⁷⁴ DSG 4 II első fordulója „Ihre Bearbeitung hat nach Treu und Glauben zu erfolgen”.

⁷⁵ DSGKOM: 91. p.

⁷⁶ DSG 4 III Personendaten dürfen nur zu dem Zweck bearbeitet werden, der bei der Beschaffung angegeben wurde, aus den Umständen ersichtlich (...) ist.

⁷⁷ DSGKOM: 93. p. A cél megváltoztatása a tételezett cél dimenzióin belül mozoghat (pl.: időbeli, térbeli, minőségi, mennyiségi, funkcionális stb.), mely mindig az érintettel közölt tudomáshoz igazodik.

⁷⁸ PETER: 27. p.

⁷⁹ DSG 4 II Ihre Bearbeitung muss verhältnismässig sein.

⁸⁰ DSGKOM: 91. p.; PETER: 132. p.

olyan adatok kezelhetőek, melyek egy meghatározott cél eléréséhez objektíve, ténylegesen szükségesek és a kezelés célja és a személyiség befolyásolása között ésszerű viszony áll fenn.⁸¹ Ezt érdekmentességel lehet a konkrét esetben eldönteni, ami ezáltal alapvető szintű magasságokba emelt jogértelmezési technika. Ennek fontossága az igazoló okok összemérésénél döntő jelentőségű, ha az adatkezeléshez hiányzik a beleegyezés. Az utóbbi meglete nem zárja ki az arányosság vizsgálatának lehetőségét. A beleegyezéstől függetlenül az arányosság vizsgálata ott szükséges, ahol a beleegyezés nem megengedett aránytalanság esetén.⁸² Az arányosság elve értelemszerűen saját szándékú adatkezelésnél irányadó. A szükségesség fogalmi elem felosztható dologi, térbeli, időbeli és a személyes viszonyok rendszerében, melyek közül nyomatékos szerepe az időtényezőnek van (pl.: az időben elhúzódó adatkezelés a személyiség sérelmét idézheti elő).

A *helyesség* elvének körülhatárolása az adatfeldolgozás összefüggéseinek konkrét ismeretében lehetséges.⁸³ Az adatkezelővel szemben kötelezettség, míg az érintett személy részéről jogosultság az egyéb fogalmak mint teljesség, ellenőrizhetőség, pontosság mentén kialakítható fogalmi tartalomnak megfelelés.⁸⁴ A teljesség a valósághoz közelítő kép, az ellenőrizhetőség az időbeni következetesség, míg a pontosság az adatok minőségi megfelelése (az absztrahálás és leegyszerűsítés folyamatában) igényét célozza, az adatok megbízhatóságának kialakíthatósága érdekében. Az adatok helyessége csak tényekre vonatkozhat, mert a szubjektív értékítéletek besorolása a helyes vagy helytelen kategóriájába, annak viszonylagossága⁸⁵ miatt különösen, ha valamely tény értékítéletet foglal magában vagy feltételez, nehéz.⁸⁶

b) A személyiség megsértését eredményezi az érintett személy *kifejezett akarata ellenére* történő adatkezelés (DSG 12 II b).⁸⁷ Az információs önrendelkezés jogának érvényre juttatásával és a Treu und Glauben elve alapján az érintett beleegyezése nélkül nem lehetséges az adatkezelés. A DSG meghatározott körülmények között vélelmezi a beleegyezést, amely eseteiben a kifejezett akaratnyilvánítás ellenére megvalósuló adatkezelés személyiséget sértő – a b) pont szerinti – tényállása kerül előtérbe. Ha az érintett tudomással bír az adatkezelésről és az az általános adatvédelmi szabályok szerint történik, akkor vélelmezhető, hogy egyetértés azaz a hallgatóságos beleegyezés fennáll. A beleegyezés mértéke az adat felvételénél megadott célhoz és az ahhoz szükséges jövőbeni adatkezelésre vonatkozó, az érintett által felismerhető körülményekhez mérten alakul. Minél nagyobb értéktulajdonság kapcsolható a védett jogtárgyhoz, annál precízebb elképzelés szükséges az adatkezelés terjedelméről, mielőtt az érintett beleegyezését adná.⁸⁸

⁸¹ DSGKOM: 92. p.

⁸² PETER: 134. p.

⁸³ DSG Art 5 Richtigkeit der Daten I Wer Personendaten bearbeitet, hat sich über deren Richtigkeit zu vergewissern.

II Jede betroffene Person kann verlangen, das unrichtige Daten berichtigt werden.

⁸⁴ DSGKOM: 100. p.

⁸⁵ PEDRAZZINI: 138. p.

⁸⁶ A külföldre történő adattovábbítás speciális problémájának illetve az adatbiztonság elvének elemzése mellőzésre kerül noha, a DSG 6 I és a 7 I bekezdéseibe ütközés igazoló ok hiányában személyiségsértést eredményez.

⁸⁷ DSG 21 II b Daten einer Person gegen deren ausdrücklichen Willen bearbeiten.

⁸⁸ PETER: 169. p.

c) A személyiségsérelem létrejön *különleges adatok vagy személyiségprofil* harmadik személynek ismertté tételével is igazoló ok hiányában (DSG 12 II c).⁸⁹ A DSG 12 szakasz 3 bekezdés értelmében⁹⁰ az általánosan hozzáférhetővé tett⁹¹ és az érintett által kifejezetten meg nem tiltott személyes adatok kezelése nem jelent személyiségsértést. Ezen esetekben a beleegyezés törvényi véelme jut kifejezésre a beleegyezés irányultságának minimum szintet garantálva. Ebben az esetben sem a kifejezett, sem a hallgatóságos akaratnyilvánításnak nincs jelentősége. Az ismertetett három illetve ezeken kívül létező esetekben a személyiség megsértésének megállapítása beleegyezés hiányában igazoló okot⁹² feltételez, melyek bemutatására kerül sor.

A DSG 13 szakasz 1 bekezdése a ZGB 28 szakasz 2 bekezdésben rögzített személyiségvédelmi alapelv szó szerinti ismétlése. A két norma tartalmilag azonos. Az *igazoló okok* felmutatásának módszere a ZGB szabályánál ismertetett rendszerrel megegyezik.

A *beleegyezés* mint igazoló ok természetét illetően az eddig leírtak irányadóak. A célhoz kötöttség elvénél ismertettek kiegészülnek azáltal, hogy nem elegendő csupán az adatkezelés céljának pusztá ismerete, amelyből a kezelés műveleteit sejteni lehet, hanem megkívánandó a kezelés fajtájáról és céljáról való biztos ismeret.⁹³ Az utólagos beleegyezésnek nincs visszaható hatálya. A már kinyilvánított beleegyezés visszavonható illetve az érintett önrendelkezési jogánál fogva feltétel nélkül megtilthatja az adatkezelést.⁹⁴

E két aktus realizálódása bizonytalan, egy tartós bizalmi viszonyban az adatkezelő szerződéses érdekeit sértheti, aki valamely igazoló ok bizonyításával a kezelést folytathatja.

Ez utóbbiak közé tartozik a *túlnyomó magán-vagy közérdek* kategóriája, mely a jogalanyok érdekeinek összeütközése esetében – a jogalkotó által már értékelve, de a bírói mérlegelés szükségességét nem nélkülözve – kerül megállapításra.⁹⁵ Ha egy igazoló ok felmutatható, az adatkezelés nem lesz jogellenes az érintett beleegyezése nélkül sem a törvény szerkezetéből adódóan. Az érdek kapcsolódhat a sértő és a sértett személyéhez vagy harmadik személyhez⁹⁶ illetve a közérdek lehet mérvadó. A *szerződés kötésével vagy lebonyolításával közvetlen összefüggésben* kezelt személyes adatok a szerződő

⁸⁹ DSG 12 II c besonders schützenswerte Personendaten oder Persönlichkeitsprofile Dritten bekanntgeben.

⁹⁰ DSG 12 III In der Regel liegt keine Persönlichkeitsverletzung vor, wenn die betroffene Person die Daten allgemein zugänglich gemacht und eine Bearbeitung nicht ausdrücklich untersagt hat.

⁹¹ DSGKOM: 192. p. Értendő alatta minden adat, amelyek mindenki számára hozzáférhető nyilvántartásban és címlistát tartalmazó gyűjteményekben találhatóak, kezelésükre vonatkozóan az információs önrendelkezés jogát fenntartva.

⁹² DSG Art.13 I *Rechtfertigungsgründe* Eine Verletzung der Persönlichkeit ist widerrechtlich, wenn sie nicht durch Einwilligung des Verletzten, durch ein überwiegendes privates oder öffentliches Interesse oder durch Gesetz gerechtfertigt ist.

⁹³ PETER: 167. p.

⁹⁴ Botschaft zum Bundesgesetz über den Datenschutz vom 23. März 1988 Bundesblatt II, Bern, Druck Stämpfli+ Cie AG (a továbbiakban: BOTSCHAFT) 459. p.

⁹⁵ A DSG 13 szakasz 2 bekezdés tartalmazza az adatkezeléssel érintett személy túlnyomó érdekei előfordulásának lehetséges, de nem végleges listáját (a-f), mely tökéletesítését a bírói mérlegelés szabadsága végzi. A témához tartozó szoros összefüggésre hivatkozva a DSG 13 II a. pontja kerül részletes ismertetésre.

⁹⁶ DSG Art. 14 II Der Dritte kann dieselben Rechtfertigungsgründe geltend machen wie der Auftraggeber.

félről az igazoló okok gazdasági tevékenységtől motivált csoportjába⁹⁷ tartoznak, mely meghatározó eleme a szerződés felépítményén kialakult bizalmi viszony kockázat jellegének, ami az adatkezelést jogszerűvé teszi. Az igazoló ok vizsgálatánál az adatkezelést végző személy érdekeire kell koncentrálni. A felek között bármilyen szerződés illetve a megállapodás előterében jelentkező információs tevékenység szóba jöhet.⁹⁸ A szerződés kötésével vagy lebonyolításával való közvetlen összefüggés fogalmát kiterjesztően kell értelmezni, az a szerződés 'előkéjére' is vonatkozik.⁹⁹ Ezt figyelembe véve a szerződés létrehozásakor a potenciális munkáltató adatkezelése jogszerűségének bizonyítására hivatkozhat ezen igazoló okra.

A munkaszerződés jogában az adatvédelemre vonatkozó speciális szabály az OR 328 b szakasza. Ennek értelmében a munkáltató a munkavállalóról adatokat csak olyan mértékben kezelhet, ami annak a munkaviszonyra való alkalmasságát érinti vagy a munkaszerződés teljesítéséhez szükséges.¹⁰⁰ Ez a szabály a DSG hatályba lépésével egyidejűleg került az OR a munkavállaló személyisége védelméről szóló fejezetébe. A törvény indokolása szerint e különös munkajogi, adatvédelmi szabály beiktatásának alap gondolatát az a felismerés hívta életre, mely szerint „aligha szolgál indítékul egy másik jogviszony személyes adatok felvételéhez és kezeléséhez a legkülönbözőbb módokon, oly nagy terjedelemben és oly hosszú ideig, mint a munkaviszony”.¹⁰¹ E speciális norma (mely egyebekben a DSG rendelkezéseit rendeli alkalmazni) a DSG kiegészítéseként a személyes információk megengedhető adatkezelésének tartalmát és terjedelmét szabályozza. Az OR 362 értelmében az OR 328 és 328 b szakaszok relatív kötelező erővel bírnak, azaz megállapodás vagy un. Normalarbeitsvertrag vagy un. Gesamtarbeitsvertrag révén nem lehet a munkavállaló hátrányára eltérni. Az ezzel ellentétes magatartás semmiséget eredményez. Egyéni megállapodás vagy kollektív szerződés révén a munkavállaló javára további kikötések megengedettek.

Visszaulva a DSG 13 II a pontjára feltehető a kérdés, ha jogértelmezéssel felmutatható a munkáltató adatkezelésére irányadó szabály, akkor milyen szerepet tölt be az OR 328 b szakasz. E szabály fogalmi eleme (a munkaviszonyra való alkalmassággal kapcsolatban megnyilvánuló túlnyomó érdek) speciális igazoló okként is értelmezhető. Ez esetben kritikaként említhető az 'alkalmasság' kitétel pontatlan megfogalmazása. Az objektív és a kérdező/adatkezelő tisztán szubjektív információ szükségletétől mentes, attól független adatkezelés követelménye az alkalmasság vizsgálatakor a törvényszöveg alapján elfogadható, de ellentmondásos.¹⁰² Tartalmát tekintve az alkalmasság vonatkozhat mindazon feltételekre, amelyek ésszerűen szükségesek a munkateljesítmény kifejtéséhez.¹⁰³ A jogalkalmazó számára mindkét ok (DSG 13 II a és OR 328b) egyformán általános. A DSG-hez való viszonyában az OR 328 b szakasz sajátossága, hogy az nem

⁹⁷ DSGKOM: 197., p. DSG Art.13 II Ein *überwiegendes Interesse* der bearbeitenden Person fällt insbesondere in Betracht, wenn diese: a. in unmittelbarem Zusammenhang mit dem Abschluss oder der Abwicklung eines Vertrages Personendaten über ihren Vertragspartner bearbeitet.

⁹⁸ DSGKOM: 198. p.

⁹⁹ BOTSCHAFT: 460. p.

¹⁰⁰ OR 328 b *Persönlichkeitsschutz bei der Bearbeitung von Personendaten*. Der Arbeitgeber darf Daten über den Arbeitnehmer nur bearbeiten, soweit sie dessen Eignung für das Arbeitsverhältnis betreffen oder zur Durchführung des Arbeitsvertrages erforderlich sind. Im übrigen gelten die Bestimmungen des Bundesgesetzes vom Juni 1992 über den Datenschutz.

¹⁰¹ BOTSCHAFT: 488. p.

¹⁰² Rudolph Roger-Stellenbewerbung und Datenschutz, 1997, Zürich (a továbbiakban: RUDOLPH) 19.

p.

¹⁰³ DSGKOM: 162. p.

más mint a DSG 4 III arányosság elvének egyediesítése. Betartása alkalmas az adatkezelési módszerek révén bekövetkező teljes átvilágítás veszélyének megakadályozására.¹⁰⁴ Érdemként felhozható, hogy hathatós megítélési mércét jelent a munkaviszonnyal való összefüggés kritériuma különös konkretizálásaként annak ellenére, hogy azt (akár a munkaviszonyra való alkalmasság, akár a munkaszerződés lebonyolítása ismervét) már a DSG hatályba lépése előtt kidolgozta a jogirodalom, ezzel alátámasztva a kérdés jogának korlátját. Az OR 328 b félreérthetetlenül rögzíti a munkáltató információ szerzésének korlátozott voltát.¹⁰⁵

A törvény mint igazoló ok esetében nem szükséges további érdekmerlegelést végezni kivéve, ha a norma további felhatalmazottságot nyújt ahhoz.

4. Az adatfelvétel lehetséges tárgyaiként megjelenő személyes adatok csoportosítása tartalmuk alapján

A legfontosabb adatok ismertetésének célja bemutatni, hogyan aránylik a DSG hatályba lépése előtt a kérdés joggal kapcsolatban kidolgozott személyiségsértések absztrakt rendszerezése, az OR 328 b által képviselt szűkebb érdekmerlegelést átfogó szabályához.

4.1 A pályázó személyes adatai

4.1.1 Személyes adatok szűkebb értelemben

A szerződés létrehozásakor a felek kapcsolatfelvételéhez szükséges az ún. személyazonosító,¹⁰⁶ értéksemleges¹⁰⁷ adatok felvétele problémamentes. Ezek közé sorolható a vezeték-és keresztnév (megszerzett cím), születési hely és idő, nemiség, az állandó és az értesítési cím, AHV-szám.¹⁰⁸ Ezek az információk a munkaviszony fenntartásához nélkülözhetetlenek (OR 328 b). A munkáltató jogszabályon alapuló kötelezettségeinek ezek ismeretében tud eleget tenni (pl.: a fiatal munkavállaló foglalkoztatásához irányadó életkor,¹⁰⁹ a női munkavállalóra vonatkozó egészségvédelmi előírások¹¹⁰ figyelembe vétele). A korlátozott cselekvőképesség feltüntetése is indokolt.¹¹¹

4.1.2 A családi állapotra vonatkozó adatok

A családi állapotra vonatkozó kérdés megengedett a házas, nőtlen/hajadon, özvegy kategóriák szerint.¹¹² A házasságkötés és -felbontás időpontja, meghatározott családi

¹⁰⁴ BOTSCHAFT: 488. p.

¹⁰⁵ RUDOLPH: 20–22. p.

¹⁰⁶ HEITKAMP: 87. p.

¹⁰⁷ PELLEGRINI: 151. p.

¹⁰⁸ AHVG 51, AHV-Verordnung 35 I.

¹⁰⁹ Bundesgesetz über die Arbeit in Industrie, Gewerbe und Handel vom 13 März 1964 (a továbbiakban: ArG)(SR 822.11) 30 I.

¹¹⁰ ArG 33.

¹¹¹ Egyéb törvények alapján (pl.: Bundesgesetz über die obligatorische Arbeitslosenversicherung vom 25 Juni 1982 (AVIG)(SR 837.0), Bundesgesetz über die Unfallversicherung (UVG)(SR 832.20) 45; UVV 53) a munkáltatót állami szervek, hatóságok felé adatszolgáltatási kötelezettség terheli, mely átfogja a fent nevezett adatok körét.

¹¹² RUDOLPH: 49. p.

állapot, s annak változása iránti tudakozódás nem megengedett.¹¹³ Helyeselhető a házasság lét felfedése, ha a betöltendő munkakör sajátossága miatt egyedülálló személynek kedvez (pl.: huzamos külföldi tartózkodás).¹¹⁴

4.2. A családi körülményeket érintő adatok

Képviselt álláspontot jelent a tétel, mely szerint a családi körülmények (rokonai, baráti kapcsolatok) felderítését célzó kérdések-erre felhatalmazó jogszabály hiányában a munkakörre való alkalmasság megítélésénél nem lehetnek mérvadóak.¹¹⁵ A házastárs neve (leánykori neve vitatottan), életkora, a gyermekek neve, születési adatai a családtámogatási rendszer szempontjából lehetnek relevánsak. Míg a barát/barátnő, az élettársi viszony, a tervezett házasság, az óhajtott gyermekek száma iránti kérdések a magánélet védelmére hivatkozással elháríthatók (kivéve 114). A szexuális hajlam általában nem irányadó a munkaviszony létesítésekor; közlési kötelezettség a jelöltet nem terheli.¹¹⁶ A DSG értelmében ezek különleges adatoknak minősülnek az intimszférába tartozás révén. A szülők (neve vitatottan) foglalkozása (házastársé is), testvérek száma, képzettsége, az ugyanazon munkahelyen belüli hozzátartozók beosztása a konkrét körülményekhez mérten (társadalombiztosítási jogszabályok alapján) szükséges lehet. Ez a pályázó válszadási kötelezettségét eredményezi.

4.3 Az állampolgárságról szóló adatok

Valamely rasszhoz tartozás különleges adat. Általánosan elfogadott az állampolgárság, a külföldi engedély típusa, a menekültigazolvány iránti kérdés megengedettsége. Tilos azonban a korábbi állampolgárság iránt érdeklődni (pl.: egy honosított svájci esetében) kivéve, ha korábbi állampolgárságát megtartotta a honosítást követően az eredeti-re utalnia kell.¹¹⁷ Külföldi személy többes állampolgárságának a közigazgatási szabályok szempontjából (munkavállalási engedély) van jelentősége.¹¹⁸

A nyelvismeret, az anyanyelv felőli tudakozódás megengedett Svájc hivatalos nyelveire tekintettel, annak ellenére, hogy ez következtetni enged az állampolgárságra.¹¹⁹ A nyelvismeretre való utalás általában már a pályázati adatlapokból kiderül.

4.4 A képzettségről, a szakmai ismeretekről tanúskodó adatok

A pályázó iskoláiról, képesítéséről, szakmai fejlődéséről leggyakrabban a (posta vagy e-mail útján) benyújtott életrajz (tanulmányok, tanfolyamok, érdemjegyek, vizsgaeredmények) ad információt. Célja a pályázó alkalmasságának legelőnyösebb színben való bemutatása a szándékolt munkakörhöz mérten, s mindenkor az igazmondási kötelezettség betartásával. A pályázó végzettsége, korábbi munkaköre, foglalkozá-

¹¹³ HUBER: 68. p.

¹¹⁴ BKOM: 97. p.

¹¹⁵ HUBER: 70. p.

¹¹⁶ RUDOLPH: 109. p. nyomán Gewerbliche Schiedsgericht Basel-Stadt 1997.04.28. ítélete szerint egy homoszexuális férfi eladó a divatszakmában nem volt köteles beállítottságáról felvilágosítást adni a szerződéskötésre irányuló tárgyalás alkalmával.

¹¹⁷ RUDOLPH: 54. p.

¹¹⁸ Verordnung über die Begrenzung der Zahl der erwerbstätigen Ausländer (BVO) (SR 823.21).

¹¹⁹ HEITKAMP: 92. p.

si/foglalkoztatási viszonyának mibenléte, speciális ismeretei megengedett tárgyai a munkáltató kérdezősi jogának, amennyiben közvetlen összefüggésben vannak a várt állás feltételeivel.¹²⁰

Az adatok visszamenőleges időbeni felfedésének korlátok szabhatók (pl.: 15 év, mely ésszerű korlátozása a munkáltató információhoz való jogának). A jelentkező oldalán közlési kötelezettség keletkezik azon ismeretbeli hiányosságairól, melyek a jövőbeni munkateljesítményt teljesen kizárják vagy jelentősen korlátozzák.¹²¹ A korábbi foglalkoztatottságból történő kilépés okának kiderítése konkrét körülmények között vizsgálendő. Sokszor egyéb forrásból is (pl.: munkáltatói igazolás) tájékoztatást nyerhet a kérdező. Az időben párhuzamosan fennálló mellékfoglalkozásokról a jelentkezőt felvilágosítási kötelezettség terheli.¹²²

4.5 Adatok a büntetőjog területéről

A StGB (Schweizerisches Strafgesetzbuch (a továbbiakban: StGB) értelmében minden büntető ítéletet fel kell tüntetni a szövetségi vagy kantonális nyilvántartásban.¹²³ A pályázóval szemben ehhez kapcsolódó követelmény (az irányadó kérdés megválaszolásán kívül) a bűnügyi nyilvántartásból kivonat bemutatása, mely dokumentum különleges adatokat hordoz (szabálysértési vagy büntetőjogi üldözés, szankciók).

A *büntetett előéletéről* szóló információk jelentősége vezető állású munkavállalók esetében, valamint pénz kezelését is felölélő munkaköri kötelezettségek teljesítésekor döntő. A munkáltató szempontját sem lehet figyelmen kívül hagyni, ha szubjektív értékítéletként hangsúlyozza kifogástalan, büntetőjogi előéletől mentes munkavállalók kiválasztását, megelőzve a vállalat hírnevének csorbítását. Uralkodó álláspont szerint a pályázótól csak olyan bűncselekményre lehet rákérdezni, amelyik a konkrétan betöltendő pozíció szempontjából releváns, munkakörfüggő, azaz objektív összefüggésben áll a jövőbeni munkahely elfoglalásával.¹²⁴ Az objektív összefüggés akkor áll fenn, ha egy kívülálló nézőpontjából a pályázó mint rizikóalany tűnik fel (megengedett pl. a pénztárostól a vagyon elleni, egy hivatásos gépjárművezetőtől a közlekedés elleni bűncselekmények iránti kérdés).¹²⁵ A kérdező oldalán fellépő érdek a nemcsak releváns bűncselekmények megismerésére ütközik a jelölt büntetőjogi érintettségét leplező szándékával. Az utóbbit a társadalompolitikai célként létező reszocializáció gondolata is támogatja.

¹²⁰ PELLEGRINI: 152. p., HUBER: 74. p., HEITKAMP: 111. p.

¹²¹ WEBER: 208. p., RUDOLPH 55. p. művekben hivatkozott jogeset (1989.02.01. Solothurn Kanton Obergericht ítélete), szerint a pályázó nem rendelkezett az álláshirdetésben feltételként szabott HTL elektromérnöki diplomával, s erre a felvételi beszélgetés során nem is utalt, elmulasztva az elvárható közlési kötelezettséget. A Bíróság döntésében rámutatott, hogy a munkavállaló nem volt köteles a munkáltató figyelmét felhívni azon körülményekre, amelyekről ő maga is tudomást szerezhetett volna.

¹²² RUDOLPH: 59. p.

¹²³ StGB Art. 359; Verordnung über das automatisierte Strafregister vom 1. Dezember 1999 (SV) szabályai.

¹²⁴ PELLEGRINI: 130. p., HEITKAMP: 130. p., HUBER: 74. p. ULLIN STREIF, ADRIAN VON KAENEL: *Leitfaden zum Arbeitsvertragsrecht*. 5. erweiterte Aufl., Zürich, 1992. (a továbbiakban: STREIFF) 57. p.

¹²⁵ HEITKAMP: 107. p., RUDOLPH: 94. p. mű nyomán (1974.01.23. Gewerbegericht Zürich ítélete). Egy a portfólió részlegre beosztott banki alkalmazottal szemben röviddel a felvételét követően a munkáltató jogszerűen élt rendkívüli felmondással, mert a beszerzett bűnügyi nyilvántartási kivonat a munkavállaló többszöri elítéltségéről tanúskodott (csalás, okirathamisítás, hűtlen kezelés), s időben a legutolsó bűncselekmény 3 évvel előzte meg az alkalmazást. A közlési kötelezettségből eredően elvárható lett volna a munkavállalótól az előélet és a munkaviszony közötti összeegyeztethetlenség feltárása.

A nyilvántartásból törölt bejegyzésekről a pályázónak nem kell számot adnia, az erre irányuló kérdés nem megengedett. A valóságnak nem megfelelő válasz jogkövetkezményeket nem vonhat maga után.¹²⁶ A pályázó ebből következően csak a munkakörfűggő és a bűnügyi nyilvántartásban szereplő bűncselekményekről köteles felvilágosítást adni. Általános közlési kötelezettség a jelöltet kivételes esetekben terhelheti (pl.: jövőbeni szabadságvesztés büntetés kiállása, melynek időpontja ismert vagy nagy bizonyossággal valószínűsíthető, s a leendő munkateljesítményt akadályozná).

A folyamatban lévő büntetőeljárás cselekményeire vonatkozó kérdést a szerzők többsége – az ártatlanság vélelmére hivatkozással – nem tartja megengedettnek.¹²⁷

A munkáltatói és a munkavállalói érdekkollízió értékelése érhető tetten – egy újabb problémát előtérbe helyezve – azon szabályozásban, mely szerint a bűnügyi nyilvántartásból – az elítélt lehetséges kíméletére és harmadik személy információra való jogos érdekére figyelemmel – csak az érintett magánszemély kérhet kivonatot.¹²⁸ Ehhez kapcsolódik, hogy csak a célzott munkakörrel objektíve összefüggő bűncselekményről lehet kivonatot kérni vagy az összes bejegyzésről. A Szövetségi Adatvédelmi Biztos jelentése alapján a kivonatnak (melyet a munkáltató csak feltétlen szükség esetén kérhet) azokra a feljegyzésekre kell korlátozódnia, amelyek a célzott állás betöltése szempontjából relevánsak. A kérdezőnek a pályázót tájékoztatnia kell arról, hogy mely területről származó információkat igényel. E vélemény az objektív összefüggés logikájának kiterjesztését tükrözi, mely a OR 328 b szakasz alapján is szubszumálható az arányosság elvének megfelelően.¹²⁹

A kivonat intézményétől megkülönböztetendő az erkölcsi bizonyítvány, mely nemcsak a mindenkori büntetőjogi előzményekről, hanem általánosságban az érintett hírnévéről informál. Pontos tartalma nem definiálható (kantonális bűnügyi nyilvántartás, végrehajtási jog szabályozta nyilvántartás adja lényegét).¹³⁰

4.6 Az egészségi állapotra következtetni engedő adatok

4.6.1 A betegség

Az egészségi állapotra vonatkozó adatok különleges adatnak minősülnek. Ezek iránti érdeklődés gyakori és jelentőségteljes a munkáltató számára az egészség védelmét célzó

¹²⁶ VISCHER: 44. p., HUBER: 74. p. Ezt a StGB-Verordnung Art.16 III is kizárja.

¹²⁷ 20.90, 26.99 21.220-221 mű nyomán (1991.05.13. Arbeitsgericht Baden és 1991.09.26. Obergericht des Kantons Aargau) ítéletei a Notwerrecht der Lüge kétélűségét prezentálják. A pályázó a felvételi beszélgetés alkalmával elmulasztotta feltárni a folyamatban lévő büntetőeljárást, erre irányuló kérdés hiányában. A munkaviszony fennállása alatt elítélték, amiről a helyi sajtó tudósítása alapján a munkáltató számon kérte a munkavállalót, aki tagadta kiletét. Mindkét bíróság utalt az EMRK [6 (2)] ártatlanság vélelmére a közlési kötelezettséggel szembeállítva, mely nem terhelheti a jelentkezőt a folyó nyomozati-és bírósági eljárásban, még releváns bűncselekmény esetén sem. A bíróságok a Notwerrecht der Lüge gyakorlását eltérően minősítették. A badeni Bíróság többségi véleménnyel illojálisnak nevezte, mert a munkavállaló bizalmi munkakört töltött be. A kisebbségi vélemény szerint nem releváns bűncselekmény lévén a kérdés a magánéletbe történt beavatkozást valósított meg. Az aargai Bíróság szerint egy kérdés, mely a teljesítendő munkával nincs összefüggésben beavatkozást jelent a védett magánéleti szférába, így a további együttdolgozás nem elvárhatatlan és a megtévesztés jogszerűségét tagadni kell.

¹²⁸ StGB Art. 363 II.

¹²⁹ www.edsb.ch/d/doku/jahresberichte/tb8/kap_13.htm 1/2000 Infoblatt des EDSB März 2000 (2002.05.31.)

¹³⁰ WEBER: 221. p.

törvényekből származó kötelezettségek betartása végett. A betegségek financiaális vonzata sem elhanyagolható az egészséges munkavállaló kiválasztására való törekvésben (pl.: a munkáltatót az OR 324 a alapján bér továbbfizetési kötelezettség terheli a munkaviszony fennállásakor megbetegedett munkavállalónak).¹³¹

A meglévő betegségekre (általában az egészségi állapotra) irányuló kérdések megengedhetősége azon fordul, hogy a jövőbeni munkaviszony teljesítésével közvetlen összefüggésbe hozható-e (munkakörfüggő-e) az állapot azáltal, hogy annak kvalitása kizárja a pályázó alkalmasságát a mérlegelés alatti munkahelyre.¹³² Felöleli a kérdezési jog a krónikus, akut, fertőző betegségek körét, a súlyos fogyatékoság meglétét, ellenben a pályázó közérzetét befolyásoló átmeneti, enyhe panaszokra, gyengélkedésekre, melyek nem hatnak ki a munkateljesítményre nem terjed ki.¹³³ A szenvedélybetegségekre (alkohol-, narkotikumfogyasztás) vonatkozó kérdés megválaszolása is az általános szabályok szerint alakul. A dohányzási szokások felderítése a nemdohányzók védelme érdekében a munkáltató joga.¹³⁴ Az e témakörbe tartozó kérdések feltevésének és megválaszolásának jogszerűségét csak konkrét esetben lehet eldönteni (pl.: az általános közérzet felőli tudakozódás nemcsak feltétlenül a munkaalkalmasság megítélése szempontjából szükséges adatok megadására készítheti a nyilatkozót, ezáltal beavatkozást engedve a magánéleti szférájába). A Fürsorgepflicht alapján a munkáltató köteles védeni a munkavállaló, harmadik személy egészségét (pl.: fertőző betegségekkel szemben). E veszélyeztetett esetekben, valamint a jövőben teljes bizonyossággal bekövetkező betegség, operáció, gyógykezelés idejéről, melyek nem teszik lehetővé a munkakör ellátását a jelentkezőt közlési kötelezettség terheli. A korábbi megbetegedésekről csak abban az esetben, ha a visszaesés alaposan feltételezhető.¹³⁵

4.6.2 Az orvosi vizsgálat

A jogszabályon alapuló kötelezés mellett a munkáltató döntése alapján feltételül szabott és elterjedt információ-forrás az orvosi vizsgálat eredménye. A munkáltató jogosult a pályázótól orvosi vizsgálatnak történő alávetését kérni, amennyiben az a munkaviszony létesítésével összefügg.¹³⁶ Ennek feltétele, hogy be kell szerezni a jelölt beleegyezését és előzetesen közölni kell a vizsgálat célját, tartalmát, terjedelmét.¹³⁷ A megadott hozzájárulás felhatalmazza az orvost a munkáltató felé a jelölt meg- vagy meg nem feleltségének közlésére, akinek közreműködése azonban nem vonja magután a munkáltató kérdezési joga (a munkaviszonyfüggő információhoz való joga) kiszélesítését.¹³⁸ En-

¹³¹ OR 1994 308.

¹³² ALOIS ALT, PEGGY A KNELLWOLF: *ZGB Das Schweizerische Zivilgesetzbuch*. Zürich, 1993. (a továbbiakban: ZGB 1993)149. p., pl. a jelentkező titkárnő gyakori inhüvelygyulladásban szenved, akit erre vonatkozóan felvilágosítási kötelezettség terhel. PELLEGRINI: 141. p.

¹³³ HEITKAMP: 92. p.

¹³⁴ Verordnung III zum Arbeitsgesetz vom 18. August 1993 (ARGV III)(SR 822.113) -Az üzem lehetőségeihez mérten a munkáltatónak gondoskodnia kell arról, hogy a főhánnyók ne károsítsák a nemdohányzókat.

¹³⁵ BKOM: 99. p., WEBER: 228. p. mű nyomán „Arbeitsgericht Zürich” megállapította: „A munkavállalónak nem kell a szerződés létrehozásakor felszólítás nélkül az egészségi állapotáról információt adni.” Hasonló véleményen Gewerbliche Schiedsgericht von Basel-Stadt, mely szerint „egy fennálló gyógyszerfüggőségéről, mely betegségnek tekinthető nem kell önként nyilatkozni.”

¹³⁶ ArG 30 III, Verordnung I zum Arbeitsgesetz vom 14. Januar 1966 (ArGV I)(SR 822. 111) 61 II-II-fiatal munkavállaló 14 éves életkorban.

¹³⁷ HEITKAMP: 134. p.

¹³⁸ HUBER: 72. p.

nek megfelelően a közlés terjedelme a jövőbeni munkakörhöz viszonyított alkalmasság megítéléséhez igazodik, mely fényében helyeselhető az a személyiség védelme szempontjából legjobb megoldás, mely az orvosi feljegyzést tartalmazó iratot egy leletre (Befund-) és egy értesítési lapra (Bescheidbogen) osztja.¹³⁹ Az utóbbi csak a munkáltató döntéséhez szükséges adatokat tartalmazza. A lelet a vizsgálat során nyert összes adatot magában foglalja és az egészségügyi szerv megőrzése alatt marad.

4.6.3 A HIV fertőzés és az AIDS

A HIV fertőzöttség és AIDS külön említésre méltó. Tárgyalásukhoz a 328 b előző, mérlegelési logikáját kell alkalmazni. Besorolásuk a betegség kategóriájába az AIDS megbetegedésnél nyilvánvaló, míg a HIV fertőzöttség megítélése jogirodalmilag vitatott.¹⁴⁰

A HIV fertőzés vonatkozásában-uralkodó álláspont szerint-a jelöltet nem terheli önálló közlési kötelezettség, s felvilágosítási kötelezettség akkor, ha harmadik személyre fokozott fertőzésveszély forog fenn (pl. egészségügy, élelmiszeripar).¹⁴¹ Az AIDS betegket felvilágosítási kötelezettség terheli, míg közlési akkor, ha a szerződés létrehozásakor nyilvánvalóan jövőbeni teljesítés kieséssel lehet számolni.¹⁴²

4.6.4 A génvizsgálat

Jelen körülmények között kiindulópont a génvizsgálatok megengedhetőségének tagadása.¹⁴³ Általa ugyanis aránytalanul nagy információ-tömeg és abból levonható következtetés kerül az elemző birtokába (pl. örökletes fizikai és pszichikai betegségek előfordulása az életút során). Az arányosság követelményét megtartva a személyiség megsértésének kiküszöbölését jelentő igazoló okot azonban fel lehet mutatni. Indokolt a beavatkozás az érintett beleegyezésével, ha azzal megelőzhető a harmadik személyre feltételezhetően, döntő jelentőségű veszélyhelyzet kialakulása.

4.6.5 A terhesség

A terhesség fennállása felőli tudakozódás megengedettsége tekintetében a vélemények megoszlanak. A szerzők¹⁴⁴ egyik csoportja általánosságban megengedhetőnek tartja a terhesség meglétére irányuló kérdést, a munkáltató érdekeinek elsőbbséget adva (az anyagi hátrányok tervezhetősége végett).¹⁴⁵ A másik irányvonal a munkajogi diszkrimináció tilalma mentén rajzolóódik, mely csak kivételes esetben enged eltérést a kérdés meg nem engedettsége alól (pl. nehéz fizikai erőfeszítéssel járó munkakör, a jellegénél fogva terhes munkavállaló által el nem foglalható munkahely, mely esetekben a jelöltet

¹³⁹ HUBER: 95. p.

¹⁴⁰ RUDOLPH: 65. p.

¹⁴¹ VISCHER: 43. p. A jelen fejlettségét csak meghaladni tudó munkavédelmi intézkedésekkel oldani lehet az egyén foglalkozás gyakorlására irányuló igénye és a közérdek türoképpessége közti feszültséget.

¹⁴² RUDOLPH: 67. p.

¹⁴³ Eidgenössischer Datenschutzbeauftragter-Leitfaden für die Bearbeitung von Personendaten im Arbeitsbereich, Bern, 1994. (EDSB) 8. p., RUDOLPH: 68. p.

¹⁴⁴ BKOM: 98. p., VISCHER: 43. p., HUBER: 72. p.

¹⁴⁵ OR 336 c l c a terhes munkavállalót felmondási védelem illeti meg, OR 324 a. a munkáltatót bér továbbfizetési kötelezettség terheli, ArG 35 szigorú munkavédelmi szabályokat ír elő.

közlési kötelezettség¹⁴⁶ terheli).¹⁴⁷ Ha a terheességre irányuló kérdés megengedett az átfogja a szülés várható időpontja felőli felvilágosítási kötelezettséget is.

A kérdésesi jog kiterjesztése egyéb szexuál-medicinális témakörre jogellenes (pl.: az utolsó menstruáció vagy problémái, nemi érintkezés, fogamzásgátló eszközök használata).¹⁴⁸

4.7 A honvédelmi feladatok ellátására vonatkozó adatok

A BV¹⁴⁹ általános hadkötelezettséget állapít meg a svájci férfiak számára, amely 20 és legalább 42 életévük között rendszeres távollétet eredményez a munkahelyről.¹⁵⁰ A svájci rendszer sajátossága, hogy e kötelezettség teljesítése szakaszosan történik (15 hetes újonciskolával kezdődik, melynek elvégzése után 32. életévig évenkénti ismétlődő tanfolyamon kell részt venni 3 hetes időtartamban). A nők önkéntesen vállalhatnak katonai szolgálatot.

A honvédelmi kötelezettség teljesítésével kapcsolatos adatok (katonai fokozat, beosztás, funkció, érzület, jövőbeni szolgálatteljesítés időtartama, behívóparancs időpontja) felvételét célzó kérdések megengedhetőségét pártoló szerzők a munkáltató gazdasági érdekei védelmét hozzák fel indokul.¹⁵¹

A behívóparancs meglétéről a pályázót tájékoztatási kötelezettség terheli.¹⁵² A katonai fokozatról, beosztásról és funkcióról szóló adatok nem mutatnak fel munkakörfüggő, objektív összefüggést közvetlenül a pályázó alkalmasságával a jövőbeni munkaviszonyra. A OR 328 b szempontjából mint a munkáltatói döntést szubjektíve befolyásoló adatokról lehet szó. Ezek különböző okokra visszavezethetően lehetnek pl.: távollétek tervezése, a ranghoz kapcsolódó, pótlólagos megterhelések felbecsülése, vezetői jellemvonás, speciális szaktudás, tapasztalat, a személyiségről kialakított összkép lekerítése stb.¹⁵³ A honvédelmi érzület iránti kérdés nem megengedett.¹⁵⁴ A szolgálatteljesítés időtartamára vonatkozó információk felvételének vitatottságát a szerzők¹⁵⁵ más cso-

¹⁴⁶ WEBER: 232–233. p. nyomán (1983.01.19. Bundesgericht ítélete). A terhes jelentkező, aki fizikailag megerőltetőnek minősített állásra pályázott (felszolgáló), köteles állapotáról a kérdezőt felvilágosítani. Ezt pontosította (1986.03.11. Bezirksgericht St. Gallen) ítélete. A terheesség nem minden esetben teszi lehetetlenné a munkaköri kötelezettség teljesítését, amikor is a közlési kötelezettséget tagadni kell. Chambre d' Appel des Prud'hommes du Canton Geneve (1993.11.03.) ítéletében hangsúlyozta a terhes személynek sem a pályázásnál, sem a munkaviszony fennállása alatt nem köteles állapotáról számot adni mindaddig, amíg az munkatjesítményét nem hátráltatja.

¹⁴⁷ RUDOLPH: 76. p. HANS UELI SCHÜRER: *Arbeit und Recht*. 6. Auflage, Zürich, 2000. (a továbbiakban: SCHÜRER 2000) 57. p. Ezen álláspontot erősíti a Bundesgesetz über die Gleichstellung von Frau und Mann vom 24. März 1995 (GIG) (SR 151), mely tiltja a szerződés létrehozásakor a pályázók közötti hátrányos megkülönböztetést. A vélhetően terheesség miatt elutasított pályázó írásbeli indokolást kérhet a munkavállalótól (8 (1)), de a bizonyítási teher a pályázónál marad.

¹⁴⁸ HUBER: 73. p. HEITKAMP: 82. p.

¹⁴⁹ BV Art.18 I.

¹⁵⁰ Bundesgesetz über die Armee und die Militärverwaltung vom 3. Februar 1995 (MG) (SR 510.10) Art.13.

¹⁵¹ HUBER: 78. p., HEITKAMP: 102. p., BKOM: 97. p., PELLEGRINI: 146. p. Pl. OR 324 b I bér továbbfizetési kötelezettséget állapít meg a munkáltató számára honvédelmi okok miatti akadályoztatás esetére.

¹⁵² WEBER: 223. p. nyomán (1988.01.17. Kantonsgericht Graubünden) ítélete szerint az újonciskola elvégzése nem jelent olyan körülményt, amely a munkaviszony fenntartását jelentősen megnehezítené vagy lehetetlenné tenné.

¹⁵³ HUBER: 77. p.

¹⁵⁴ RUDOLPH: 103. p.

¹⁵⁵ RUDOLPH: 101. p., WEBER: 223. p.

portja a nemiség alapján megnyilvánuló diszkrimináció törvényi tilalmából vezeti le. A katonai területre tartozó adatok megismerésének általános megengedettségével (uralkodó álláspont) ellentétes álláspont analógia útján párhuzamot von a terhesség megítélésével kapcsolatos kérdések természetével.¹⁵⁶ Így a rövid tartamú szolgálatteljesítésről való felvilágosítás sem elvárható az egyenlő bánásmód elve alapján (kivéve időnyomunka vagy határozott idejű munkaszerződés aránytalan átfedése a célzott katonai szolgálattal). A hagyományos elmélet szerint a polgári szolgálat egy tekintet alá esik a kérésési jog szempontjából a fenti adatok megítélésével a jelöltet tájékoztatási kötelezettség terheli.

4.8 Adatok a vallási hovatartozásról

A vallási adatok különleges adatnak minősülnek. A BV garantálja a vallás és lelkiismeret szabadságát, védi a szabad vallásgyakorlást.¹⁵⁷ A munkáltató érdekmérlegeléséhez motiváló körülmények lehetnek: súlyos balesetek, halálesetek alkalmával a vallási közösség bevonása, pótlólagos ünnepnapok figyelembe vétele, adózási kérdések, különböző országokba bevethetőség, kritikus beállítódás a szektatagokkal szemben stb.¹⁵⁸ A OR 328 b szakasszal nem összeegyeztethető a vallási tárgyú adatfelvétel, mert munkakörfüggő érdekeltség csak kivételes esetben jelentkezhet a kérdező oldalán (pl. ún. meghatározott irányultságú üzemeknél).

4.9 Információk a világnézeti meggyőződésről, valamely szervezethez tartozásról

A világnézeti, politikai és szakszervezeti meggyőződés és tevékenység különleges adatnak minősül. A politikai témájú információk (pl. párthoz tartozás, politikai aktivitás) felvétele a szerződés létrehozásakor megengedhetetlen, mert általában hiányzik a munkakörrel való objektív összefüggés (kivéve pl. egyházi vagy párt tulajdonában lévő vállalkozás, elkötelezett kiadó).¹⁵⁹

A szakszervezeti hovatartozás megítélése hasonló.¹⁶⁰ A munkaszerződés kötése után gyakorlati okokból sor kerülhet a szakszervezeti hovatartozás regisztrálására (pl. tagdíj levonása).

4.10 Adatok a szabadidőről és más elfoglaltságról

A munkaviszonnyal való összefüggés hiányában nem megengedett az adatok felvétele a jelölt magánéleti időtöltéséről, hobbijáról. A jelölt e szférájára vonatkozó kérdés és adatfelvétel önmagában sérti a személyhez fűződő jogokat (a meghatározott irányultságú üzemeknél is).¹⁶¹ Jogszabály alapján a munkavállalót terhelő kötelezettségekről (pl. ülnök esküdt, gyám) közzététel kötelezettség akkor terheli, ha azok teljesítése a munkakör ellátását ciklikus rendszerességgel hátráltatja.¹⁶²

¹⁵⁶ Összemérhetőnek tartva a két területet az OR 324 I a és az OR 336 c vonatkozásában.

¹⁵⁷ BV Art. 49.

¹⁵⁸ HUBER: 68. p.

¹⁵⁹ BKOM: 98. p., HUBER: 76. p., STREIFF: 58. p.

¹⁶⁰ HUBER: 76. p., BKOM: 98. p., RUDOLPH: 108. p.

¹⁶¹ PELLEGRINI: 150. p.

¹⁶² RUDOLPH: 108. p., WEBER: 241. p.

4.11 Információ a vagyoni viszonyokról

A pályázó anyagi helyzetének felmérése céljából intézett kérdések megengedhetetlenek.¹⁶³ Irányulhatnak kivételesen a passzívaként létező vagyonra (megelőző munkabér, adósság (hitel, bejegyzett zálogjog), esedékes végrehajtás, tartási kötelezettség mértéke). A munkáltató érdekeinek védelmére (a bizonytalan tőkeerővel rendelkező jelölt és a jelentős anyagi érték kezelésével járó munkakör relációjában) szolgál megelőzési szándék keretében az arányosság elvére figyelemmel kell lenni. A jelentkező mint rizikófaktor tulajdonságának tényleges megítéléséhez szükséges adatokat lehet beszerezni (pl.: ingatlan-és értékpapír-tulajdon, bankban elhelyezett pénzösszeg irreleváns).¹⁶⁴

5. A személyiségsértéssel kapcsolatban irányadó jogvédelem szabályai

5.1 A széles értelemben vett jogvédelmi igényekre vonatkozó, általános szabályok a DSG alapján

5.1.1 A tájékoztatáskérés joga

A tájékoztatáshoz való jog (Auskunftsrecht) az érintettnek biztosítja, hogy információt kapjon azon adatokról, amelyek reá vonatkozóan az adatkezelés tárgyai.¹⁶⁵ Adatvédelmi igényeinek érvényesítéséhez eszközül szolgál e jogosítvány, mely a DSG és általában az adatvédelem szabályai között specifikus, preventív funkciójú intézmény. A személyiségvédelem érvényesítésének e konkrét, hatékony instrumentumához mérten az adatkezelő köteles az érintettől minden adatot közölni annak kérelmére. Ez kizárja a titkos adatkezelés lehetőségét. Az adatkezelés céljának és jogalapjának ismerete az esetleges kockázatok felmérését és az igazoló okokon kívüli indítékok feltárását engedi. A tájékoztatás kérés jogáról előre lemondani nem lehet, az megillet minden személyt anélkül, hogy a tájékoztatáshoz fűződő érdekét bizonyítania vagy valószínűsítania kellene.¹⁶⁶ A tájékoztatásra az adatgyűjtemény birtokosa kötelezett. Mindkét fél jogairól és kötelezettségeiről részletesen a VDSG rendelkezik.¹⁶⁷ Az elutasított pályázót a szerződés létrehozása időszakában a róla végzett adatkezelés tekintetében megilletik a DSG 8 szakaszban rögzített jogok. Ez megnyitja az utat az elutasítása okának megismeréséhez is.¹⁶⁸ A tájékoztatáskérés joga nem korlátlan a titoktartáshoz fűződő érdekre tekintettel. A magánszemély által végzett adatkezelés esetében csak törvényi feltételek mellett kor-

¹⁶³ HEITKAMP: 89. p., HUBER: 75. p., RUDOLPH: 97. p.

¹⁶⁴ HEITKAMP: 91. p., HUBER: 75. p.

¹⁶⁵ DSGKOM: 131. p. DSG Art. 8 Jede Person kann vom Inhaber einer Datensammlung Auskunft darüber verlangen, ob Daten über sie bearbeitet werden.

¹⁶⁶ DSGKOM: 135. p. A harmadik személy adataira vonatkozóan ez nem áll fenn. Ekkor valószínűsíteni kell az érintett jogos érdekét az információra, s maga az adatszolgáltatás az adatok ismertté tételének minősül.

¹⁶⁷ Verordnung zum Bundesgesetz über den Datenschutz vom 14. Juni 1993 (VDSG) (SR 235.11) Art. 1 I Der Inhaber der Datensammlung erteilt die Auskunft in der Regel schriftlich, in Form eines Ausdrucks oder einer Fotokopie. III-V Ha a kérelmező azonosságáról nem tud megbizonyosodni köteles a tájékoztatást megtagadni. Az adatokat érthető formában kell közölni, megfelelő határidőben és főszabály szerint költségmentesen (VDSG 2 I, II).

¹⁶⁸ KURT MEIER: Datenschutz im Arbeitsverhältnis. *ArbR Mitteilungen des Instituts für Schweizerisches Arbeitsrecht*, Bern, 1994. 36. p.

látozható az információ szolgáltatása.¹⁶⁹ A három megjelölt korlátozó magatartás közötti választás a tájékoztatáshoz való jog és a titoktartáshoz fűződő érdek mérlegelésével konkrét esetben megítélendő.

5.1.2 Az adatgyűjtemény nyilvántartása

Az adatgyűjteményről vezetett nyilvántartás a tájékoztatáskérés joga gyakorlásának kulcsa, mely lehetőséget biztosít annak kiderítéséhez, hogy ki milyen terjedelemben végez adatkezelést.¹⁷⁰

A *bejelentési kötelezettség* a magánszemély adatkezelő tekintetében kivételes, csak a DSG által meghatározott esetekben kötelező. Bejelentési kötelezettsége az a. vagy b. pontok vagylagos megvalósulása esetén áll fenn. A regisztrálási kötelezettség megállapításához vizsgálni kell az adat minőségét, mely az adatkezelés tekintetében megköveteli különleges adat vagy személyiségprofil meglétét. Ellenben a harmadik személynek való ismertté tétel nem szűkül e két minőségre, az a személyes adatokra vonatkozik.¹⁷¹ További feltételt képez az adatkezelés rendszeressége, mely időszakonként visszatérő ismétlésben nyilvánul meg. Ennek relevanciája a személyiségprofil kiépítésénél értelem-szerű.

A szerződés létrehozásakor a b. pont fordulatanak van jelentősége, azaz ha az érintettek az adatkezelésről nincsen tudomása. Az erről való ismeret megszerzésének mi-benlété nincs pontosítva, annak át kell fognia az adatkezelés tényét és a feldolgozás célját. A munkaszerződés létrehozása időszakában, kiváltképp a munkaviszony fennállá-sakor felállítható a vélelem, hogy a pályázónak tudnia kell, hogy róla adatot kezelnek, aktát vezetnek, mely alapján megdönti a bejelentési kötelezettséget.¹⁷² A közvetlen módon történő adatfelvétel esetében ez az álláspont nem vitatható. A jelölttől nem el-várhatóan felismerhető adatkezelés tekintetében (pl. grafológusi ajánlás, pszichológiai teszt, optikai, akusztikus megfigyelés, melynek sem a létezését, sem a mértékét nem tudja a pályázó felbecsülni) a regisztrálási kötelezettség megáll.¹⁷³ A DSG-ből általános tájékoztatási kötelezettség nem következik az adatgyűjteménybe felvett személlyel szemben, mely kizárná az adatgyűjtemény regisztrálását. A tájékoztatási kötelezettség tervezett, jövőbeni bevezetésével a különleges adatok és a személyiségprofil felvételénél a b. fordulat értelemszerűen elesik.¹⁷⁴ Az a. pont megvalósulásának ellenőrzése problé-mamentes.

¹⁶⁹ A témával összefüggésben csak a különös korlátozó okok kerülnek felsorolásra. DSG Art.9 III Private als Inhaber einer Datensammlung können zudem die Auskunft verweigern, einschränken oder aufschieben, soweit eigene überwiegende Interessen es erfordern und sie die Personendaten nicht an Dritte bekanntgeben. IV Der Inhaber der Datensammlung muss angeben, aus welchem Grund er die Auskunft verweigert, einschränkt oder aufschiebt.

¹⁷⁰ BOTSCHAFT: 456. p. DSG Art.11 *Register der Datensammlungen*: I Der Eidgenössische Datenschutzbeauftragte führt ein Register der Datensammlungen. Jede Person kann das Register einsehen... III Private Personen, die regelmässig besonders schützenswerte Personendaten oder Persönlichkeitsprofile bearbeiten oder Personendaten an Dritte bekanntgeben, müssen Sammlungen anmelden, wenn: a) für das Bearbeiten keine gesetzliche Pflicht besteht und b) die Betroffene Personen davon keine Kenntnis haben. IV Die Datensammlungen müssen angemeldet werden, bevor sie eröffnet werden.

¹⁷¹ A bejelentésnek a VDVG 3 szakaszában felsorolt adatok körére kell kiterjedni.

¹⁷² BRÜHWILER: 202–203. p. Rolf H. Weber, Daniel Thürer, Roger Zäch (szerk.): *Datenschutz im europäischen Umfeld*. Zürich, 1995. 147. p.

¹⁷³ RUDOLPH: 29. p.

¹⁷⁴ www.edsb.ch/d/doku (2002.05.31.)

5.1.3 A Szövetségi Adatvédelmi Biztos és az Adatvédelmi Bizottság¹⁷⁵

Az Adatvédelmi Biztos tevékenységi köre az adatgyűjteményről vezetett nyilvántartással kapcsolatban bemutatásra került, ahol a preventív, ellenőrző funkciója kiterjedt a bejelentési kötelezettség keletkezése előtt folytatott adatkezelések jogszerűségének vizsgálatára.¹⁷⁶ Kontrollfunkciójának súlypontja a magánszemélyek által végzett adatkezelés tekintetében azokra az esetekre koncentrálódik, ahol a személyiségsérelem bekövetkezésének kockázata nagyobb. E korlátok közé szorított hatáskör kivételes a magán-autonómia és a külső ellenőrzés közötti feszültség miatt.¹⁷⁷

A *rendszerhiba* fogalma az elektronikus úton történő adatfeldolgozással kapcsolatban értelmezhető. Az ilyen módszerrel folytatott adatkezelés az adatvédelmi alapelvek közül a célhoz kötöttség, s leginkább az adatbiztonság mellőzésével eredményezhet több személyt érintő személyiségsértést. Ennek kivizsgálására a biztos különböző jogosítványokkal rendelkezik, melyek közül az ajánlás eszközének hatékonyságát növeli az adatvédelem biztosítására intézményesített ellenőrző szerv, az Adatvédelmi Bizottság működése.¹⁷⁸ Az adatkezelés minősítése és a hozzá kapcsolódó jogkérdések megítélése nem tartozik a biztos hatáskörébe. Elsődleges feladata az adatvédelmi jogszabályok betartásának ellenőrzése.

5.2 A személyiség védelme érdekében támasztható igények a DSG és a ZGB alapján

A személyiség védelme érdekében történő igényérvényesítés esetére a DSG¹⁷⁹ a ZGB-ben felsorolt jogvédelmi eszközökre¹⁸⁰ utal. Az OR 328 b szakaszából különös jogvédelmi igények nem következnek, melyek a DSG alapján ne lennének érvényesíthetők a szerződés létrehozásakor. A személyiségvédelem polgári jogi eszközeinek bemuta-

¹⁷⁵ A Szövetségi Adatvédelmi Biztos (Eidgenössischer Datenschutzbeauftragter) DSG Art 26–32, VDSG 30–34, az Adatvédelmi Bizottság (Eidgenössische Datenschutzkommission) DSG An.33, VDSG Art.35. Az előbbi megnevezés a fogalom tükörfordítása, mely nem tehető egyenlővé az ombudsman intézményével annak ellenére, hogy a magánszemély adatkezelővel kapcsolatos jogosítványok tekintetében ahhoz hasonló funkciókkal bír. REGINE SAUTER: Die institutionalisierte Kontrolle im Bundesgesetz über den Datenschutz vom 19. Juni 1992. Zürich, 1995. 144. p.

¹⁷⁶ VDSG Art. 29 II Wenn die zu registrierende Datensammlung die Vorschriften des Datenschutzes verletzt, empfiehlt der Datenschutzbeauftragte, die vorgesehene Datenbearbeitung zu ändern, einzustellen oder zu unterlassen.

¹⁷⁷ DSG Art.29 Abklärungen und Empfehlungen im Privatrechtsbereich I Der Datenschutzbeauftragte klärt von sich aus oder auf Meldung Dritter hin den Sachverhalt näher ab, wenn: a) Bearbeitungsmethoden geeignet sind, die Persönlichkeit einer grösseren Anzahl von Personen zu verletzen (*Systemfehler*), b) [Datensammlungen] registriert werden müssen (Art.11).

¹⁷⁸ II Er kann dabei Akten herausverlangen, Auskünfte einholen und sich Datenbearbeitungen vorführen lassen. III Der Datenschutzbeauftragte kann aufgrund seiner Abklärungen empfehlen, das Bearbeiten zu ändern oder zu unterlassen. Wird eine solche Empfehlung des Datenschutzbeauftragten nicht befolgt oder abgelehnt, so kann er die Angelegenheit der *Eidgenössischen Datenschutzkommission* zum Entscheid vorlegen.

¹⁷⁹ DSG Art. 15 Rechtsansprüche und Verfahren I Für Klagen und vorsorgliche Massnahmen zum Schutz der Persönlichkeit gelten die Artikel 28–28I des Zivilgesetzbuches.

¹⁸⁰ 29.57 Art. 28a ZGB I. *Der Kläger kann dem Richter beantragen:* 1. eine drohende Verletzung zu verbieten, 2. eine bestehende Verletzung zu beseitigen, 3. die Widerrechtlichkeit einer Verletzung festzustellen, wenn sich diese weiterhin störend auswirkt. II. Er kann insbesondere verlangen, dass eine Berichtigung oder das Urteil Dritten mitgeteilt oder veröffentlicht wird. III. Vorbehalten bleiben die Klagen auf Schadenersatz und Genugtuung sowie auf Herausgabe eines Gewinns entsprechend den Bestimmungen über die Geschäftsführung ohne Auftrag.

tása a DSG tükrében, azok megelőző illetve helyreállító jellege szerint csoportosítva történik.

5.2.1 A megelőző jellegű jogvédelmi eszközök

Az ún. *Unterlassungsanspruch* (ZGB 28a I 1) objektív alapú, preventív célzatú, a fenyegető jogsértés (minden olyan cselekménytől való tartózkodás vagy tevés, mely a felperes személyiségét sértheti reális veszély formájában) megtiltását szolgálja. Adatvédelmi szempontból az igazoló ok hiányában megvalósuló adatkezelés vagy adat ismertetés veszélyében nyilvánulhat meg az alperes közrehatásával.¹⁸¹ A felperesnek ekkor meg kell jelölni a személyes adatokat és azon körülményeket, melyek alapján az adatkezelés vagy az ismertetés tétel vagy ezek elmulasztása fenyeget. A kérdésés útján megvalósuló adatfelvétel esetében ezen igény nem értelmezhető, mert a kérdésfeltevés önmagában megvalósítja a jogsértést. E csoportba sorolható jellege alapján a zárolás (*Sperrung*) iránti kereseti kérelem, mely harmadik személy részére való ismertetés tétel veszélye esetén irányadó.¹⁸²

Az ún. *Beseitigungsanspruch* (28a I 2) egy tartósan fennálló, jogellenes személyiségsérelem jelenbeli zavaró állapotának és következményeinek megszüntetését célozza (pl.: jogellenesen összeállított adatgyűjtemény vagy az adatbiztonság megsértése). A DSG alapján ide sorolható a helyesbítés, a törlés és a vitatottságot kifejező jelzés feltüntetése iránti igény. A ZGB-ből le nem vezethető, ezen intézkedések felsorolása nem kimerítő. A *helyesbítésre* irányuló kérelem a helyesség alapelveinek betartására visszavezethetően, enyhébb formája a tartós személyiségsértés megszüntetésének, mint a *törlés*.¹⁸³

A célhoz kötöttség és az arányosság elvének megsértésében fennálló személyiségsértés esetét képezheti az elutasított pályázó helyzete, aki részéről igény merülhet fel a benyújtott személyes, pályázati mellékletek *visszaadására*.¹⁸⁴ A dokumentumok kiadása helyeselhető és kötelező, kivéve a munkáltató által beszerzett iratokat, amelyekre nézve a törlés iránti igény megalapozott. Alkivetelt képez, ha bizonyítás vagy törvényi kötelezettség teljesítése érdekében a munkáltató tovább kezeli azokat.¹⁸⁵

A vitatott adat *jelzéssel* való ellátását a felperes kérheti, ha az alperes nem tudja bizonyítani az adat helyességét. Ugyanez érvényes, ha értékítéletéről van szó, helyességének még körülményesebb megítélhetőségével. Az e csoportba tartozó igények szintén kizárhatóak a szóbeli kérdéséssel megvalósuló adatfelvétel esetében.

Az ún. *Feststellungsanspruch* (28a I 3) egy jog vagy jogviszony fenn vagy fenn nem állásának megállapítására irányul.¹⁸⁶ Célozza a sértés jogellenességének megállapítását, ha az továbbra is zavaróan hat, azzal a feltétellel, hogy az érintettnek jogilag jelentős érdeke fűződik az ilyen formában történő igényérvényesítéshez. A munkaszerződés

¹⁸¹ 33.272.

¹⁸² DSG Art.15 I Der Kläger kann insbesondere verlangen, (...) dass die Bekanntgabe der Personendaten an Dritte gesperrt wird.

¹⁸³ Der Kläger kann verlangen, dass die Personendaten berichtigt oder vernichtet werden. DSG Art.15 II Kann weder die Richtigkeit noch die Unrichtigkeit von Personendaten dargetan werden, so kann der Kläger verlangen, dass bei den Daten ein entsprechender Vermerk angebracht wird.

¹⁸⁴ SCHÜRER 2000: 53. p. R. LECKI ALEXANDER: *Aktuelle Probleme im individuellen Arbeitsverhältnis*. Zürich, 2001. 17. p.

¹⁸⁵ BKOM: 76. p.

¹⁸⁶ DSGKOM: 212. p.

létrehozásakor pl. kérdőívben alkalmazott személyiségsértő elem vagy teszt vonatkozásában lehet célravezető ez iránti kereseti kérelem, mely a jövőre nézve tenné lehetetlenné a munkáltató személyiségsértő gyakorlatát.

Járulékosan a ZGB 28 a 1–3 igényekkel együtt történő igényérvényesítés hatékonyságát fokozhatja az ítéletnek megfelelő nyilvánosság biztosítása (Anspruch auf Mitteilung des Urteils (28a II). Ez az elégtétel különös formájaként biztosítja a sérelem negligálását, az érintettől kialakított hamis kép elosztatását.¹⁸⁷ Az ítélet nyilvánosságra hozatala és a harmadik révén történő közlés közötti különbség a célszemélyek számára képest remélt hatás eltérésén alapul.

5.2.2 A helyreállító jellegű jogvédelmi eszközök

Subjektív alapú szankcióként a kártérítés (Schadenersatzanspruch (28a III) teljesítésére irányuló kereset az OR 41 szakaszában meghatározott felelősségtani szabályok szerint alakul. Feltételei: a kár, adekvát okozati összefüggés a jogellenes személyiségsértés és a bekövetkezett, számszerűsíthető kár között, jogellenesség és vétkesség. A munkaszerződés létrehozásakor a pályázó által érvényesíthető kártérítés lehetőségét visszaveti a vagyonban bekövetkezett értékcsökkenés bizonyításának nehézsége, ami miatt a nem vagyoni kártérítésre irányuló kérelem [Genugtuungsanspruch (28a III)] előnyösebbnek tűnhet. Az elszenvedett lelki méltánytalanság (seelische Unbill) megállapításához szolgál alapul az OR 49, a sérelem súlyának középpontba helyezésével mint a megítélés zsinórmértéke.¹⁸⁸

Az ún. *Anspruch auf Gewinnherausgabe* (28a III) a sértéssel okozott kárhoz képest jelentős haszon kiadását segíti (pl. az adatgyűjtemény birtokosa révén ellenérték fejében adatok továbbítása marketing célokra).¹⁸⁹

A törvény biztosította előzetes intézkedések (*vorsorgliche Massnahmen* ZGB 28c-f) is helyénvalóak, ha egy fenyegető vagy már fennálló jogellenes sérelem valószínűsíthető, ami egy nehezen jóvátehető hátrány bekövetkezését eredményezheti.¹⁹⁰

5.3 Az egyéb módon megvalósuló jogvédelem a munkaszerződés létrehozása folyamatában és a jogsértés jogkövetkezményei

5.3.1 Jogvédelmi eszköz a munkáltató érdekezési jogának túllépése esetén

A ZGB biztosította igényérvényesítés nem maradéktalan hatékonysága miatt a szerződés létrehozásakor a felek jogai megsértése esetére a jogelmélet a túlradó adatfelvétel megakadályozása céljából, megelőző jellegű jogvédelmi eszköz létét ismeri el a konkrét eset körülményeihez mérten. Megjelölésére szolgál a munkáltató érdekezési

¹⁸⁷ PEDRAZZINI: 157. p. DSG Art.15 III Er kann verlangen, dass die Berichtigung, Vernichtung, Sperre, der Vermerk über die Bestreitung oder das Urteil Dritten mitgeteilt oder veröffentlicht wird.

¹⁸⁸ OR Art.49 I Wer in seiner Persönlichkeit widerrechtlich verletzt wird, hat Anspruch auf Leistung einer Geldsumme als Genugtuung, sofern die Schwere der Verletzung es rechtfertigt und diese nicht anders wiedergutmacht worden ist. II Anstatt oder neben dieser Leistung kann der Richter auch auf eine andere Art der Genugtuung erkennen.

¹⁸⁹ Bruno Baeriswyl, Beat Rudin (szerk.): Perspektive Datenschutz Praxis und Entwicklungen in Recht und Technik. Zürich, 2002. 276. p.

¹⁹⁰ PEDRAZZINI: 155. p.

jogának túllépése esetén az un. *Notwehrrecht der Lüge*,¹⁹¹ mely a pályázó jogát jelenti a nem megengedett kérdés hamis megválaszolására anélkül, hogy emiatt joghátránytól kellene tartania.¹⁹² Jogi alapja a felelősség szempontjából ezen intézménynek a szükséghelyzet,¹⁹³ melynek ismerve alapján minősíteni lehet a szerződés létrehozásában résztvevő felek jogállását.¹⁹⁴ A szükséghelyzet alanyaként fellépő személy (a lehetséges munkáltató), aki kérdésesi joga révén jogellenes beavatkozást eszközölhet a szükséghelyzet tárgyaként megjelölhető pályázó adatvédelemhez való jogában mint védett jogtárgyban, áll szemben a pályázóval.

A kérdés útján megvalósuló jogellenes beavatkozás kritériumának feltételezése a személyiség megsértésére való alkalmasság fényében mérhető le, melynek mesterséges határvonalát képezi a jogos érdekekkel összekapcsolt objektív összefüggés a jövőbeni munkaviszonnyal. Az ezen túlnyúló szubjektív értékítéletek kirekesztése a jogtárgyat ért támadás könnyebb megítélhetősége szempontjából célszerű.

A jogellenesség kizárásának kérdése a sértett beleegyezése útján elvi lehetőségként felmerül, melyet azonban cáfolni lehet az OR 362 II szakasz alapján (a munkavállaló hátrányára való eltérés semmis). A beleegyezés a személyiség megsértését nem teszi jogszerűvé, a kérdést megengedetté.¹⁹⁵ A támadó és a megtámadott viszonyában érvényesül az arányosság elve, a védekezéshez a körülményekhez mért legkíméletesebb eszköz (hallgatás, kitérő válasz a túlzó kijelentések elkerülésével) kiválasztásának követelménye.¹⁹⁶ E megelőző jog gyakorlását nem lehet leszűkíteni az egyes kérdések besorolása megengedett vagy megengedhetetlen alapján, hanem az adott esetben kell megítélni jogszerűségét.¹⁹⁷

A joghátránnyal fenyegettség esetei közé tartozó jogellenes megfélemlítés miatt a létrejött *munkaszerződés megtámadása* kizárt (OR 28 I),¹⁹⁸ mert a jogszerűen gyakorolt elhárító jog nem hordoz jogellenességet. A nem megengedett kérdéssel a kérdező beavatkozott a magánszférába, s ezzel maga provokálta ki az elhárítás szükségességét. A szükséghelyzetben védekezővel szemben a létrejött munkaviszony esetén *rendkívüli felmondással*¹⁹⁹ annak törvényi feltételei alapján nem, míg *rendes felmondással* (OR 335) lehet élni. A pályázó alkalmasságának megítélése szempontjából fontos ok fennforgása az OR 328 b alapján minősül jogszerűnek, melyen kívül esők nem tehetik jogszerűvé a felmondást.

¹⁹¹ Egyéb fogalomhasználat is előfordul ezen elméleti kategóriával kapcsolatban, melynek mély kidolgozottsága a német jogirodalomra vezethető vissza. A svájci szerzők többsége elismeri létjogosultságát.

¹⁹² BKOM: 106. p., PELLEGRINI: 123. p., VISCHER: 42. p., FREI: 125. p. Hans Ueli Schürer: *Datenschutz im Arbeitsverhältnis*. Zürich, 1996. (a továbbiakban: SCHÜRER) 49. p., STREIFF: 10. p., RUDOLPH: 118. p., WEBER: 61. p., HEITKAMP: 82. p.

¹⁹³ OR Art.52 I Haftung bei Notwehr I Wer in berechtigter Notwehr einen Angriff abwehrt, hat den Schaden, den er dabei dem Angreifer in seiner Person oder in seinem Vermögen zufügt, nicht zu ersetzen.

¹⁹⁴ OR 1994. 83. p.

¹⁹⁵ HUBER: 82. p.

¹⁹⁶ PELLEGRINI: 125. p.

¹⁹⁷ RUDOLPH: 122. p., VISCHER: 41. p., STREIFF: 58. p.

¹⁹⁸ BKOM: 106. p.

¹⁹⁹ OR Art.337 Fristlose Auflösung I Aus wichtigen Gründen kann der Arbeitgeber wie der Arbeitnehmer jederzeit das Arbeitsverhältnis fristlos auflösen, (...) II Als wichtiger Grund gilt namentlich jeder Umstand, bei dessen Vorhandensein dem Kündigenden nach Treu und Glauben die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nicht mehr zugemutet werden darf.

A pályázó oldalán feltételezhető jogellenes kötelezettségszegés hiányában kártérítési kötelezettség nem keletkezik.²⁰⁰

A másik fél szerződéskötéséhez fűződő érdekeinek kölcsönös védelme hiányában²⁰¹ és egyéb nem jogi körülmények miatt az elméleti alátámaszthatóság ellenére a Notwehrrecht der Lüge valós alkalmazásának esélye csekély. A joghátrányok kilátásba helyezésével való abszolút védelem hiányában ez a megelőző jellegű jog is sebezhető. A munkáltató kérdezési jogának túllépése esetére a DSG-en kívüli jogvédelmi igény hatékonyságát csökkenthetik a munkáltató rendelkezésére álló hathatós igényérvényesítési eszközök.

5.3.2 A pályázó feltárási kötelezettségének megsértése

A szerződés létrehozásakor a pályázót terhelő kötelezettségek (felvilágosítási, közlési, igazmondási) megsértése esetére a munkáltató a *rendes felmondáson* kívül élhet a *szerződés megtámadásának* jogával.

A felvilágosítási kötelezettség megsértésével a megengedett kérdésre szándékosan megtévesztő, helytelen vagy hiányos felelet, mely alapos ok a kérdező oldalán a szerződés megkötésére, ez utóbbit feljogosítja a szerződés megtámadására *megtévesztés* miatt (OR 28 I).²⁰² A megtévesztés valós okának bizonyításakor a joggal való visszaélés (ZGB 2 II) irányadó.

A *lényeges körülményben való tévedés* alapján a szerződés akkor megtámadható, ha a jelöltet vétkeesség nem vagy csak gondatlanság terheli (OR 23, 24 I IV). Ennek előfordulása a közlési kötelezettség fennállásakor releváns.

A culpa in contrahendo intézménye értelmében, melynek nem feltétele a munkaviszony fennállása, a munkáltató *kártérítési* követelést érvényesíthet (pl. az új pályázó felkutatásával kapcsolatos költségek megtérítése végett) a megtévesztés, tévedés esetében.²⁰³

A *rendkívüli felmondás* gyakorlásának joga is nyitva áll a kérdező számára.

A személyiség védelmét célzó jogvédelem eszköztára összetett. A vázolt személyiségvédelem rendszere a ZGB 27, 28 szabályain nyugszik. Ez a polgári jogi sarokpont egyéb jogforrásokban teljeseedik ki. Ennek példáját jelenti a DSG szabályozása, melynek központi eleme a személyiségsértés igazolhatóságának kérdése. A svájci adatvédelem struktúrája megfelelő keret a munkaszerződés létrehozásakor a személyiségvédelem hiányosságainak átfedéséhez és az adatkezelés alkalmával a pályázó egyéni felelőssége jövőbeni erősítéséhez.

²⁰⁰ RUDOLPH: 124. p., SCHÜRER: 1996 48. p., OR Art. 41, 97.

²⁰¹ OR 1994 48"Eine allgemeine Rechtspflicht, im Interesse anderer tätig zu werden, besteht nicht."

²⁰² BKOM: 105. p.

²⁰³ HEITKAMP: 23–24: p.

MARIANN ARANY TÓTH

DER PERSONENDATENSCHUTZ DES ARBEITNEHMERS IM ANBAHNUNGSVERHÄLTNIS NACH SCHWEIZERISCHEM ARBEITSRECHT

(Zusammenfassung)

DSG gewährleistet einen vorgeschobenen Persönlichkeitsschutz mit Präzisierung und Erweiterung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts. Das Konzept des Persönlichkeitsschutzes in DSG wurde von ZGB abgeleitet. Soweit das DSG nicht eine klar formulierte Regel aufgestellt hat, bleiben die von der Praxis zu Art. 28 ZGB entwickelten Grundsätze im Vordergrund des passiven Schutzes anwendbar.

Mit dem Inkrafttreten von Art. 328 b OR wurde die zuvor von der Lehre verästelte Beschränkung des Datenbearbeitungsrechts auf arbeitsplatzbezogene Informationen festgeschrieben. Benötigt es zur Beurteilung der Zulässigkeit des Datenbeschaffens, eine Interessenabwägung im Einzelfall Rechnung zu tragen.

Das System des Datenschutzes ist geeignet, die Schwäche des Persönlichkeitsschutzes im Anbahnungsverhältnis zu überwinden, um das Ziel der Stärkung der Position und der Verantwortung der Einzelperson in bezug auf die Bearbeitung ihrer Personendaten zu verfolgen.